Ist der Nachlaßrichter bei Erteilung des Erbscheins an die Entscheidung des Prozeßgerichts gebunden?

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen
vorgelegt von

Josef Feldhuß
Gerichtsassessor
aus Rheine i. Westf.,

Approbiert am 22. November 1928.

— 1929 —

Th. Rieping, Rheine i. Westf.

Referent:

Geheimer Justizrat Univ.-Professor Dr. Kübler.

Meinen Eltern.

Literatur-Verzeichnis.

Achilles-Greiff: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 12. Aufl. Berlin und Leipzig 1927.

Baumbach: Zivilprozeßordnung, 3. Aufl. Berlin 1926.

Binder: Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, Leipzig 1901/03.

Boschan: Die Nachlaßsachen in der gerichtlichen Praxis, I. Teil: Der Erbschein und das Recht der Erbfolge. Peters' Hilfsbücher für die gerichtliche Praxis, Bd. VII Berlin 1903.

Cosack: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 7/8. Aufl. II. Bd. Jena 1924.

Crome: Grundzüge des römischen Privatrechts, Bonn 1920.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts, V. Band, Tübingen 1912.

Dernburg: Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, Bd. V, Deutsches Erbrecht, 3. Aufl. Halle a/S. 1911.

Dernburg: Pandekten, III. Bd. 5. Aufl. Berlin 1897.

Drewes: Einziehung und Kraftloserklärung von Erbscheinen und Testamentsvollstreckerzeugnissen. J. W. 1926, S. 2427.

Du Chesne: Die Natur der materiellen Rechtskraft. Zeitschr. f. deutschen Ziv. Prozeß, Bd. 51, S. 466.

Ehrenberg: Rechtssicherheit und Verkehrssicherheit. Iher. Jahrb. Bd. 47, S. 273.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. III.

Endemann: Erbrecht, 8/9. Aufl. Berlin 1919/20.

Endemann: Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Lehrbücher und Grundrisse der Rechtswissenschaft, Bd. V, Berlin und Leipzig 1923.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, II. Bd. 3. Abt. Das Erbrecht, von Kipp, 14/16. Aufl. Marburg 1923.

Fischer: Von den subjektiven Grenzen der Rechtskraft. Iher. Jahrb. Bd. 40, S. 151.

Fischer: Zur Lehre von der Rechtsvermutung. Iher. Jahrb. Bd. 63, S. 269.

Fischer, Oskar: Vermutung und öffentlicher Glaube des Erbscheins. Heidelberger Diss. 1907.

Förster-Kann: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 3. Aufl. Berlin 1913/26.

Fraeb: Zur Nachlaßbehandlung nach BGB. Zentralblatt für freiw. Gerichtsbarkeit, 13. Jahrg. S. 272 und 313.

Gierke, Otto: Deutsches Privatrecht, II. Bd. Leipzig 1905.

Güthe-Triebel: Grundbuchordnung für das Deutsche Reich, 4. Aufl. I. Bd. Berlin 1923.

Heilfron-Pick: Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, I. Bd. 3. Aufl. Mannheim-Berlin-Leipzig 1921.

Heim: Die Feststellungswirkung des Zivilurteils, München 1912.

Heinsheimer: Die Tragweite der Erbscheinsvermutung. Leipz. Zeitschr. 1915, S. 1276.

Hellwig: Anspruch und Klagerecht, Jena 1900.

Hellwig: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, I. Bd. 1903, II. Bd. 1907, III. Bd. 1908, Leipzig.

Hellwig: Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, Leipzig 1901.

Hellwig: System des deutschen Zivilprozeßrechts, I. Teil, Leipzig 1912.

Hellwig: Rechtskraft und Einrede der Arglist, Recht 1910, S. 713.

Herold-Eichler: Winke für die freiwillige Gerichtsbarkeit, III, Der Erbschein. Zentral-Bl. f. freiw. Gerichtsbarkeit. 20. Jahrg. S. 201.

Hörle:	Das Erbrecht des Fiskus und der an dessen Stelle tretenden Persönlichkeiten des öffentlichen Rechts. Recht, 8. Jahrg. (1904), S. 369.
Josef:	Die Stellung des Prozeßgerichts gegenüber dem Erbschein. Jher. Jahrb. Bd. 65 S. 161.
Josef:	Rechtsprechung und Rechtslehre in der Frage über die wechselseitige Einwirkung von Entscheidungen in der freiwilligen und in der streitigen Gerichtsbarkeit aufeinander. Zeitschr. f. deutschenZiv.-Prozeß, Bd. 35, S. 530; Bd. 40, S. 285; Bd. 43, S. 365; Bd. 47, S. 257.
Josef:	Die Einwirkung des rechtskräftigen Urteils auf die Entscheidungen des Gerichts der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Zentralbl. f. freiw. Gerichtsbark. 15. Jahrg. S. 529.
Josef:	Die Einwirkung des rechtskräftigen Urteils auf die Entscheidungen des Gerichts der freiwilligen Gerichtsbarkeit namentlich bei Erteilung des Erbscheins. Jher. Jahrb. Bd. 61, S. 197.
Keidel:	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898. 3. Aufl. München-Berlin und Leipzig 1926.
Köeßler:	Die Stellung des Nachlaßrichters. Zeitschr. f. deutsch. Ziv.-Prozeß, Bd. 44, S. 1.
Köhne-Feist u. Maerker:	Die Nachlaßbehandlung, 19. Aufl. Berlin 1917.
Kretzschmar:	Das Erbrecht des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs, II. Aufl. Leipzig 1913.
Kretzschmar:	Der Erbschein. Zentralbl. f. freiw. Gerichtsbark. 8. Jahrg. S. 589.
Krückmann:	Die materielle Urteilswirkung. Zeitschr. für deutschen Ziv.-Prozeß. Bd. 46, S. 371; Bd. 47, S. 1.
Kuttner:	Rechtsvermutungen aus Akten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Jher. Jahrb. Bd. 61, S. 109.

Kuttner: Das Verhältnis des Zivilprozesses zum Erbscheinverfahren. Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für Otto Gierke, II. Bd. S. 163, Breslau 1910.

Kuttner: Urteilswirkungen außerhalb des Zivilprozesses. Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des deutschen Reiches, herausgegeben von Fischer. 26. Bd. 3. Heft, München 1914.

Kuttner: Die privatrechtlichen Nebenwirkungen der Zivilurteile. München 1908.

Lent: Freiwillige Gerichtsbarkeit. Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, Heft 19, 2. Aufl. Berlin 1928.

Lent: Grundriß der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Leipzig-Erlangen 1922.

Leonhard: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, V. Buch: Erbrecht, 2. Aufl. Berlin 1912.

Matthießen: Wie hat das Nachlaßgericht zu verfahren, wenn zwar das Vorhandensein gesetzlicher Erben feststeht, das Fehlen oder der Wegfall der näheren Erben aber nicht nachgewiesen werden kann? Zentral-Bl. f. freiw. Gerichtsbark. 6. Jahrg. S. 387.

Mendelssohn-Bartholdy: Grenzen der Rechtskraft, Leipzig 1900.

Merkl: Die Lehre von der Rechtskraft. Wiener staatswissenschaftl. Studien, herausgeg. von Hans Kelsen, 15. Bd. 2. Heft, Leipzig und Wien 1923.

Mommsen-Krüger: Corpus juris civilis. 14. Aufl. Berlin 1922

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. V, Erbrecht, Berlin und Leipzig 1888.

Münchmeyer: Der deutsche Erbnachweis. Hannover und Berlin 1904.

Nußbaum: Die Prozeßhandlungen, ihre Voraussetzungen und Erfordernisse, München 1908.

Oberneck:	Das Reichsgrundbuchrecht, 4. Aufl. II. Bd. Berlin 1909.
Oertmann:	Ausbeutung der Rechtskraft. Arch. f. bürg. Recht, Bd. 42, S. 1.
Planck:	Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Bd. V, Erbrecht, 3. Aufl. Berlin 1908.
Protokolle	der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. V, Erbrecht, Berlin 1899.
Reichsgerichtsräte-	Kommentar: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, erläutert von Reichsgerichtsräten, V. Bd. Erbrecht, 6. Aufl. Berlin und Leipzig 1928.
Reichel:	Rechtskraft und ungerechtfertigte Bereicherung. Festschrift für Adolf Wach, III. Bd. S. 1. Leipzig 1913.
Rentner:	Das Verfahren bei Feststellung des Erbrechts des Fiskus nebst Kritik des Regierungsentwurfs eines Gesetzes über das Erbrecht des Fiskus. Gruchots Beitr. Bd. 59, S. 675.
Riß:	Rechtspflege und Rechtsprechung. Deutsche Richter-Zeitung 1912, S. 482.
Rosenberg:	Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Berlin 1927.
Saupe:	Das Erbscheinverfahren nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, Leipziger Dissert. 1908.
Schlegelberger:	Die Gesetze über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit für das Reich und Preußen, 3. Aufl. Berlin 1927.
Schlegelberger:	Freiwillige Gerichtsbarkeit. Einführungs-Kommentar, Berlin 1928.
Schultze:	Die rechtliche Stellung des sogenannten Nebenintervenienten im Rechtsstreit. Zeitschr. für deutschen Zivil-Prozeß, Bd. 2, S. 20.

Siméon: Recht und Rechtsgang im Deutschen Reiche. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, I. Bd. 2. Hälfte, 10/11. Aufl. 1921, II. Bd. Lehrbuch der freiwilligen und streitigen Gerichtsbarkeit, 14/15. Aufl. Berlin 1927.

Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 3. Aufl. Berlin-Stuttgart und Leipzig 1926.

Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl. V. Band Erbrecht, München-Berlin und Leipzig 1928.

Stein: Grenzen und Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung. Tübingen 1912.

Stein-Jonas: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 13. Aufl. Tübingen 1926.

Stein-Juncker: Grundriß des Zivilprozeßrechts und des Konkursrechts, II. Aufl. Tübingen 1924.

Strohal: Das Deutsche Erbrecht auf Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches. II. Bd. 3. Aufl. Berlin 1904.

Unger: Die Rechtsmittel im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach Reichsrecht, Zeitschr. f. deutschen Zivilprozeß, Bd. 41, S. 143.

Wach: Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts I. Bd. Leipzig 1885.

Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, II. Bd. Tübingen 1927.

Weiner: Der Erbschein nach dem Deutschen BGB. Leipziger Diss. 1904.

Weißler: Das Deutsche Nachlaßverfahren, Berlin 1920.

Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. Frankfurt a/M. 1906.

Bezüglich der Abkürzungen wird verwiesen auf das Verzeichnis der Abkürzungen bei Staudinger, Erbrecht 1928.

Inhalts-Uebersicht.

§ 1.

Einleitung.

Nach § 1922 BGB geht mit dem Tode einer Person deren Vermögen auf eine oder mehrere Personen als Erben über. Den Erben bestimmt entweder der Wille des Erblassers oder das Gesetz. Sind weder gesetzliche noch gewillkürte Erben vorhanden, so wird der Fiskus Erbe (§ 1964 BGB). Damit sind von der Rechtsordnung klare und eindeutige Bestimmungen über die Schicksale des Nachlasses getroffen. Es kann heute nicht mehr der Fall eintreten, daß die Erbschaft herrenlos ist und der Aneignung durch irgend jemanden unterliegt, wie dies nach dem ältesten römischen Recht möglich war. Im alten Rom war es möglich, daß jemand durch Inbesitznahme der herrenlos daliegenden Erbschaft und deren Ersitzung (usucapio) in Jahresfrist Erbe werden konnte, der bis dahin noch von niemandem als Erbe in Betracht gezogen war. [1]) Das Erfordernis der Rechtssicherheit, das an jede gute Rechtsordnung gestellt werden muß, [2]) ist hinsichtlich der Nachfolge in die Hinterlassenschaft eines Verstorbenen vom geltenden Recht in hinreichendem Maße gewährleistet. Jeder Rechtsuntertan kann bei seinen Lebzeiten überschauen, wer sein Erbe sein wird, sei es, daß er ihn selbst durch Verfügung von Todeswegen bestellt, sei es, daß er es bei der gesetzlichen Erbfolgeordnung bewenden läßt. Ein Erbe ist auf jeden Fall da, und der Nachlaß geht, ohne daß eine zeitliche Lücke in der Rechtsnachfolge entstehen kann, auf diesen im Augenblicke des Todes des Erblassers über.

Die Ermittelung des Erben kann aber Schwierigkeiten bereiten; es kann sein, daß die Gültigkeit des vom Erblasser errichteten Testaments oder des von ihm geschlossenen Erbvertrages in Zweifel gezogen wird, oder daß bezüglich des Verwandtschaftsverhältnisses des vermeintlichen Erben zum Erblasser Unklarheiten bestehen. Hier handelt es sich nicht mehr um die Rechtssicherheit, sondern um Fragen der Verkehrssicherheit. Das BGB kennt im Gegensatz zum römischen Recht keine richterliche Einweisung in den Besitz des Nachlasses mehr. [3]) Der Vollzug des Erbschaftserwerbes ist vielmehr

1) Vgl. Crome, Römisches Privatrecht, § 68, I, 3; Dernburg, Pandekten, Bd. III, § 61, 1.

2) Ehrenberg in Iher. Jahrb. Bd. 47, S. 273.

3) Crome, Röm. Privatrecht § 63, S. 279.

dem Selbstbetriebe der Erben überlassen. Infolgedessen ist es stets ungewiß, ob der tatsächliche Besitzer des Nachlasses der wirkliche Erbe ist. Für den Rechtsverkehr im allgemeinen führt dieser Zustand zunächst nicht zu Unzuträglichkeiten, da man von der Annahme ausgehen darf, daß der Besitz des Nachlasses nicht unangefochten bleiben wird, wenn ein besser Berechtigter als der gegenwärtige Besitzer vorhanden ist. Bei einer Reihe von Rechtsbeziehungen, z. B. bei Verfügungen über grundbuchmäßig eingetragene Rechte, wird diese Unsicherheit jedoch unerträglich, und hier genügt nicht mehr der objektive Rechtssatz, daß jeder Nachlaß einen Gesamtnachfolger findet. [4]) Das Gesetz muß auch einen Rechtsbehelf bieten für die Lösung der subjektiven Ungewißheit, wer im Einzefalle wirklich Erbe geworden ist und muß des weiteren diesen auch in die Lage versetzen, sein Erbrecht Dritten gegenüber zu beweisen. Denn das Erbrecht, d. h. die Tatsache, daß jemand Erbe geworden ist, tritt, anders als z. B. der Eigentums- oder Pfandrechtserwerb durch Einigung und Uebergabe, in äußerlich wahrnehmbaren Vorgängen nicht hervor. Auch eine letztwillige Verfügung ist noch kein unbedingt sicherer Anhaltspunkt, weil man nicht weiß, ob sie wirklich die letzte Verfügung und ob sie gültig ist. Kann der Erbe sein Erbrecht nicht nachweisen, so steht er praktisch da, als wenn er garnicht Erbe sei, und kann ein Dritter, der mit dem Erben in Rechtsverkehr treten will, keinen sicheren Nachweis über seine Erbeigenschaft erlangen, so hört damit die Sicherheit des Rechtsverkehrs bei Todesfällen vollständig auf. [5]) Hier hilft die Rechtsordnung mit der Einrichtung des Erbscheins. [6])

---

4) Vgl. Endemann, Lehrbuch, Erbrecht, § 142 II.

5) Münchmeyer, Erbnachweis, S. 5.

6) Vgl. hierzu die Stellungnahme der Kommission bei Beratung des BGB (Protokolle Bd. V S. 673): Vom Standpunkte des Rechtsverkehrs sei es außerordentlich wünschenswert, daß den Privatpersonen, welche mit einem Erben, der sein Erbrecht auf eine Verfügung von Todeswegen stütze, in Verkehr treten, die Prüfung der vielfach schwierigen Frage, ob das Erbrecht begründet sei, durch eine provisorische Entscheidung des Nachlaßgerichts abgenommen werde. Die Untersuchung der Formgültigkeit einer Verfügung von Todeswegen, die Auslegung ihres Inhalts, die Beurteilung des Verhältnisses mehrerer vorhandener Verfügungen des Erblassers zu einander setzten eine Rechtskunde voraus, die Laien in der Regel nicht zugemutet werden könne. Auch bedeute es eine erhebliche Ersparnis an Zeit und Arbeitskraft, wenn die Prüfung dieser Fragen statt von jedem einzelnen Beteiligten besonders, von einer hierzu besonders geeigneten Behörde, dem Nachlaßgericht, vorgenommen werde. Dazu komme die wesentliche Erleichterung, welche

Der Erbschein ist ein amtliches Zeugnis über die Person des Erben; er enthält Angaben über die Größe des Erbteils, wenn der Erbe nur zu einem Teile zur Erbschaft berufen ist oder mehrere Erben vorhanden sind und gibt Auskunft, ob der Erbe durch Anordnung einer Nacherbfolge oder Ernennung eines Testamentsvollstreckers in seiner Verfügungsfreiheit beschränkt ist (§§ 2353, 2357, 2363, 2364 BGB). Kommt dem Erbschein schon als einem amtlichen Zeugnis eine erhebliche Bedeutung zu, so wird diese dadurch noch wesentlich gesteigert, daß sein Inhalt denselben Schutz genießt wie die Eintragung im Grundbuche. Einmal begründen die Angaben des Erbscheins für und gegen jederman die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit ihres Inhalts: „Es wird vermutet, daß demjenigen, welcher in dem Erbschein als Erbe bezeichnet ist, das in dem Erbschein angegebene Erbrecht zustehe, und daß er nicht durch andere als die angegebenen Anordnungen beschränkt sei." (§ 2365 BGB). Mit dieser Vermutung begnügt sich die Rechtsordnung aber noch nicht, sondern legt dem Erbschein genau wie den Grundbucheintragungen überdies im rechtsgeschäftlichen Verkehr öffentlichen Glauben bei. „Wer dem Erbschein traut, erzielt durch rechtsgeschäftliches Handeln auch dann, wenn der Erbschein unrichtig oder unvollständig ist, den nach Maßgabe des Erbscheins zu erwartenden Rechtserfolg." [7]) Nur böser Glaube, d. h. Kenntnis, daß der Erbschein unrichtig oder vom Nachlaßgericht wegen Unrichtigkeit zurückgefordert ist, schließt jene Wirkung aus. Fahrlässige, sogar grobfahrlässige Unkenntnis ist unschädlich.

Um dieser Bedeutung des Erbscheins für den Rechtsverkehr gerecht zu werden, hat das Gesetz Bestimmungen getroffen, die dem zur Erteilung des Erbscheins berufenen Nachlaßgericht eine eingehende Prüfung zur Pflicht machen. Nach § 2359 BGB ist der Erbschein nur dann zu erteilen, wenn das Nachlaßgericht die zur Begründung des Antrags erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet, und in § 2358 BGB ist zum Ausdruck gebracht, daß das Nachlaßgericht von Amtswegen die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittlungen zu veranstalten und die geeignet erscheinenden Beweise aufzunehmen hat. Wenn auch der Antragsteller seine Beweismittel an-

---

mit der Ausdehnung (sc. auf die gewillkürte Erbfolge) für den Geschäftsgang verschiedener Behörden, insbesondere der Grundbuchämter und Registerbehörden, verbunden sei. (Der erste Entwurf zum BGB sah einen Erbschein nur im Falle der gesetzlichen Erbfolge vor).

7) Gierke, Deutsches Privatrecht Bd. II, S. 326 ff.

geben muß und das Nachlaßgericht bei seiner Prüfung in erster Linie diese benutzen wird, so ist damit keineswegs eine Grenze für die Ermittlungstätigkeit gezogen, derart, daß keine anderen Beweismittel als die vom Antragsteller angebotenen benutzt werden dürften. Richtunggebend muß der Gedanke sein, daß der Nachlaßrichter bei Erteilung des Erbscheins nicht ausschließlich im Interesse des Antragstellers tätig wird, sondern daß er die Interessen der Gesamtheit der Rechtsgenossen zu berücksichtigen hat, weil der Erbschein die Stellung des Erben nach außen hin klarlegen soll. [8])

Während das Gesetz dem Nachlaßrichter grundsätzlich freie Hand läßt hinsichtlich des Umfangs und der Art der zu veranstaltenden Ermittelungen und davon ausgeht, daß hierüber das freie, pflichtgemäße Ermessen des Nachlaßrichters zu entscheiden habe, schreibt es die Beobachtung einer besonderen Vorsichtsmaßregel für den Fall vor, daß ein Rechtsstreit über das Erbrecht anhängig ist. Denkbar sind hier die verschiedensten Fälle des Rechtsstreits. Es wird z. B. von den gesetzlichen Erben die Gültigkeit des vom Erblasser errichteten Testaments angefochten. Der Streit dreht sich also um die Erbeigenschaft des Testamentserben und wird zwischen diesem und dem gesetzlichen Erben ausgetragen. Oder es finden sich beim Tode des Erblassers mehrere einander widerstreitende Testamente vor, und es läßt sich nicht feststellen, welches von ihnen das jüngere und deshalb alleingültige ist. Der Kampf um das Erbrecht wird hier unter den verschiedenen in Frage kommenden Testamentserben ausgetragen. Streit um das Erbrecht kann auch entstehen, wenn keine Verfügung von Todeswegen vorliegt, sondern die gesetzliche Erbfolge eingetreten ist. Es können Zweifel bestehen, ob das vom Gesetz für die Berufung als Erbe jeweils aufgestellte Erfordernis der Verwandtschaft oder der Ehe gegeben ist. Der Rechtsstreit hindert den Nachlaßrichter nicht, dem Antragsteller den beantragten Erbschein zu erteilen. Der Nachlaßrichter soll aber in diesem Falle mit besonderer Sorgfalt prüfen, ob die zur Begründung des Antrags vorgebrachten Angaben richtig sind und soll selbst die erforderlichen Ermittelungen anstellen. Nach Möglichkeit soll der Gegner des Antragstellers gehört und ihm Gelegenheit geboten werden, seine Einwendungen gegen die beantragte Erbscheinserteilung vorzubringen. [9])

8) Koeßler, ZZPr. 44, S. 15.
9) Endemann, Lehrbuch, Erbrecht § 144, IV c.

In der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB war ein Antrag dahin gestellt worden, daß, solange ein Rechtsstreit über das Erbrecht anhängig sei, die Erteilung des Erbscheins [10]) nur auf Anordnung des Prozeßgerichts erfolgen solle. Der Antrag wurde dann aber mit der Begründung abgelehnt, daß eine sehr nahe Möglichkeit bestehe, den wirklichen Erben zu schikanieren, wenn während des Schwebens eines Prozesses vor dem ordentlichen Gericht die Erteilung eines Erbscheins ausgeschlossen sein solle. Die Möglichkeit, daß das Prozeßgericht hinsichtlich einzelner Punkte einstweilige Verfügungen erlassen könne, gewähre in dieser Hinsicht keinen ausreichenden Schutz. Man hielt es für richtiger, daß in denjenigen Fällen, in welchen dem wirklichen Erben lediglich aus Schikane sein Erbrecht bestritten werde, der Erbschein bereits vor der endgültigen Entscheidung des Prozeßgerichts über das Erbrecht erteilt werde. Die Frage sei nur, ob das Nachlaßgericht oder das Prozeßgericht darüber entscheiden solle, ob Schikane vorliege. Das Prozeßgericht werde am besten in der Lage sein, das über die Erbrechtsfrage vorgebrachte Material zu überschauen und zu beurteilen; es bestehe aber die Gefahr, daß die Rechte des wahren Erben auf diese Weise leicht beeinträchtigt würden, da das Prozeßgericht im allgemeinen geneigt sein werde, „eine gewisse Zurückhaltung zu bewahren". Darum sei zu prüfen, ob nicht zweckmäßiger dem Prozeßgericht die Befugnis einzuräumen sei, die Erteilung des Erbscheins zu verhindern. Dagegen spreche aber, daß dann stets zu Beginn des Rechtsstreits der Antrag auf Erlaß einer derartigen, die Erteilung eines Erbscheins hindernden einstweiligen Verfügung gestellt werde, und daß in vielen Fällen das Gericht nicht in der Lage sein werde, den Antrag abzulehnen. Außerdem sei die Konkurrenz zweier Behörden — des Nachlaßgerichts und des Prozeßgerichts — welche beide die Frage des Erbrechts zu prüfen hätten, mißlich. Darum sei es am besten, die Entscheidung lediglich dem Nachlaßgericht zu überlassen. [11])

Indem so bei der Beratung des BGB dem Beginn des Rechtsstreits über das Erbrecht der Streitteile die suspendierende Wirkung hinsichtlich der Erbscheinserteilung abgesprochen wurde, hat § 2360

---

10) Man überlegte damals, ob nicht besser statt des Erbscheins ein Erbschaftsregister einzurichten sei. (Protokolle V S. 673).

11) Protokolle Bd. V S. 680.

Abs. I BGB den Anlaß und Ausgang geboten für die Streitfrage, welchen Einfluß die im Erschaftsstreit ergehende Entscheidung auf die Entschließung des Nachlaßrichters bezüglich der Erteilung des Erbscheins hat, ob der Nachlaßrichter an die Entscheidung des Prozeßgerichts gebunden ist, oder ob er ungeachtet dieser Entscheidung seiner eigenen Anschauung über die Erbrechtsfrage folgen darf. [12])

12) Vgl. Endemann, Lehrbuch, Erbrecht, § 144, Note 56.

§ 2.

Die für den Nachlaßrichter in Betracht kommenden Prozeßentscheidungen.

1) Wird beim Nachlaßgericht die Erteilung eines Erbscheins beantragt [1]), so hat gemäß § 12 FGG der Nachlaßrichter von Amtswegen die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittelungen zu veranstalten und die geeignet erscheinenden Beweise aufzunehmen. Diese für alle Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit geltende Regel wird vom BGB für das Erbscheinverfahren noch eigens wiederholt. Sache des Antragstellers ist es, die Unterlagen für das amtliche Prüfungsverfahren herbeizuschaffen. Der gesetzliche Erbe, der einen Erbschein beantragt, hat nach § 2354 Abs. I BGB das Verhältnis anzugeben, auf dem sein Erbrecht beruht; in gleicher Weise hat der gewillkürte Erbe die Verfügung des Erblassers zu bezeichnen, die ihn zum Erben beruft.

Was in diesem Zusammenhang das Vorhandensein irgendwelcher Entscheidungen des Prozeßgerichts anbelangt, so haben diese für den Nachlaßrichter nur insoweit Interesse, als sie für die Erteilung oder Verweigerung des Erbscheins Bedeutung gewinnen können. Nur der wahre Erbe hat Anspruch auf das Legitimationsmittel des Erbscheins. Also können nur solche Prozeßentscheidungen in Frage kommen, durch die irgendwie das Erbrecht des Erbscheinberechtigten berührt worden ist. Das ist zunächst bei den Entscheidungen der Fall, in denen das Erbrecht selbst den Gegenstand des Rechtsstreites gebildet hat und zwar entweder in der Form, daß dem Prozeßgericht die Frage unterbreitet wurde, wer von den Prozeßgegnern Erbe sei, oder so, daß das Prozeß-

---

1) In den §§ 2354/2357 BGB, wo die vom Antragsteller zu erfüllenden Voraussetzungen für die Erteilung des Erbscheins aufgezählt werden, geht das Gesetz davon aus, daß der Erbe selbst den Antrag stellt. Daraus ergibt sich aber nicht, daß der Antrag ein höchstpersönlicher Akt des Erben ist. Er kann auch von Vertretern und Verwaltungsberechtigten vorgenommen werden. Auf Grund der besonderen Bestimmung der §§ 792, 896 ZPO kann auch ein Gläubiger des Erben, der zum Zwecke der Zwangsvollstreckung eines Erbscheins bedarf, dessen Erteilung an Stelle des Erben beantragen. Zu beachten ist aber, daß in all diesen Fällen, in denen ein anderer als der Erbe den Erbschein beantragt, dem Antragsteller kein eigenes Antragsrecht verliehen ist, sondern er nur „anstelle" des Erben das Antragsrecht ausübt. Aus diesem Grunde wird auch der Antragsteller im Erbschein überhaupt nicht genannt. (Vgl. Saupe S. 12 ff.; Kipp, Lehrbuch § 62, I, 1).

gericht über das Erbrecht der einen oder der anderen Partei nur als eine Vorfrage mit zu entscheiden hatte, während den eigentlichen Prozeßgegenstand eine andere Frage bildete. Hat sich hier auch in beiden Fällen das Prozeßgericht unmittelbar mit dem Erbrecht befaßt, so ist doch die Wirkung eine verschiedene. Während nämlich im ersten Falle die Entscheidung über das Erbrecht des Klägers oder des Beklagten selbst in Rechtskraft erwächst, wird sie im zweiten Falle, wo das Erbrecht für die Hauptentscheidung nur „bedingendes Rechtsverhältnis" [2]) ist, von der Rechtskraft nicht mit umfaßt. [3]) Eine Möglichkeit, die Rechtskraft in diesem Falle auch auf den nicht unmittelbaren Klaggegenstand des Erbrechts auszudehnen, bietet die Zwischenfeststellungsklage des § 280 ZPO.

Bei der Erbunwürdigkeitsklage des § 2342 BGB ist das Erbrecht unmittelbar Gegenstand des Prozesses. Ergeht nämlich der Anfechtungsklage des § 2344 BGB entsprechend ein rechtskräftiges Urteil, so treten dieselben Rechtsfolgen ein, wie im Falle der Erbschaftsausschlagung (§ 1953 Abs. I und Abs. II BGB): Der für erbunwürdig Erklärte verliert mit rückwirkender Kraft seine Erbeneigenschaft so, als wenn er den Erbfall garnicht erlebt hätte. [4])

Anders gestaltet sich die Rechtskraftwirkung bei der hereditatis petitio des § 2018 BGB. Zur erfolgreichen Durchführung des Erbschaftsanspruchs ist aktiv legitimiert der wahre Erbe. Der Kläger muß behaupten und gegebenenfalls beweisen, daß der Nachlaß ihm als Erben angefallen ist. Das in diesem Prozeß ergehende Urteil verhält sich aber nur über das Bestehen oder Nichtbestehen des Herausgabeanspruchs. Obwohl das Prozeßgericht mit zu entscheiden hatte, ob der Kläger tatsächlich Erbe ist, können sich die Prozeßparteien künftig nicht auf diese Entscheidung berufen, wenn die Frage des Erbrechts unter ihnen

---

2) Stein-Juncker, Grundriß § 97 VI.

3) Nur verhältnismäßig selten kommt ein Urteil auf die einfache Weise zustande, daß nur über eine Rechtsfolge eines Tatbestandes zu entscheiden ist. Fast immer muß über bedingende Rechtsverhältnisse mitentschieden werden, die so die logische Voraussetzung des Urteils bilden und zu Urteilselementen werden. Nach der Auffassung von Savigny sollten sie deshalb von der Rechtskraft mit umfaßt werden. Diese Auffassung wurde jedoch bereits für das gemeine Recht bestritten. § 322 ZPO hat die Streitfrage durch das „nur" in Absatz I beseitigt. Er beschränkt die Rechtskraft auf den unmittelbaren Gegenstand des Urteils. Vgl. Stein-Jonas § 322, V, 2.

4) Staudinger, Erbrecht, § 2344, Anm. 2.

streitig werden sollte. Es ist der Fall denkbar, daß A, der gegen B die hereditatis petitio angestrengt und ein obsiegendes Urteil erstritten hat, weil das Prozeßgericht seine Erbeigenschaft bejahte, später von B auf Erfüllung eines Vermächtnisses in Anspruch genommen wird. A kann trotz des früheren Urteils dem B gegenüber immer noch bestreiten, daß er Erbe sei und kann aus diesem Grunde die Erfüllung des Vermächtnisses ablehnen. Eine rechtskräftige Entscheidung über das subjektive Erbrecht selbst kann nur mit Hilfe der Feststellungsklage getroffen werden (§ 256 ZPO), und das kann, wie Endemann hervorhebt [5]), auch durch Inzidentfeststellungsklage im Laufe des auf Herausgabe gerichteten Rechtsstreites noch nachgeholt werden.

2) Bei den Erbrechtsfeststellungsklagen können Zweifel bestehen, ob der Nachlaßrichter an eine in diesem Verfahren ergangene rechtskräftige Entscheidung des Prozeßgerichts gebunden ist. Bevor das Urteil Rechtskraft nicht erlangt hat, kommt eine Bindung für den Nachlaßrichter ebensowenig in Frage wie für den Prozeßrichter, denn erst mit dem Rechtskräftigwerden erlangt das Urteil Geltungsdauer. [6]) Dagegen ist in den übrigen Fällen, in denen das Erbrecht des Erbscheinserben durch eine Prozeßentscheidung berührt wird, diese Bindung unzweifelhaft gegeben, dergestalt, daß der Nachlaßrichter die Entscheidung ohne eigenes Prüfungsrecht hinzunehmen und seiner Entschließung zugrunde zu legen hat. Das gilt für alle Gestaltungsurteile und rechtsgestaltenden Beschlüsse, deren Gestaltungswirkung auf das Erbrecht hinübergreift. [7])

Jeder Rechtsuntertan hat das Recht zur freien, beliebigen Gestaltung seiner Rechtsverhältnisse im Rahmen der bestehenden Rechtsordnung. Dabei kommt es sehr häufig vor, daß ein bestimmtes Rechtsgeschäft außer dem erstrebten Haupterfolg noch Nebenwirkungen auslöst, die der Handelnde möglicherweise überhaupt nicht ins Auge gefaßt hat. Gleiches findet sich bei den Gestaltungsurteilen, von denen einige erbrechtliche Nebenwirkungen haben, während ihr Hauptinhalt ein anderes Rechtsgebiet betrifft.

Die rechtsgestaltenden Urteile haben zur Folge, daß sogleich mit Eintritt ihrer Rechtskraft eine Rechtslage geschaffen wird, die in ihrer

---

5) Endemann, Grundriß, Erbrecht S. 132.

6) Lent, Grundriß, S. 51; Schlegelberger, Komm. § 12, Anm. 17.

7) Vgl. auch Stein-Juncker, Grundriß § 98 V.

ganzen Tragweite und damit auch bezüglich ihrer erbrechtlichen Nebenwirkungen überall Anerkennung verlangt; sie wirken in ihrem vollen Umfange für und gegen alle. [8])

Urteile, welche die Scheidung oder Nichtigkeit einer Ehe aussprechen, oder ein Kind auf die Anfechtungsklage des Ehemannes hin bei Lebzeiten der Parteien für unehelich erklären (§§ 1564, 1329, 1343, 1596 BGB) wirken ihrer Natur nach nicht nur unter den Prozeßparteien, sondern für und gegen alle, also überall, wo der Bestand der Ehe oder die Ehelichkeit des Kindes in familien- oder vermögensrechtlichen Angelegenheiten in Betracht kommt. Das ist zudem noch ausdrücklich in den §§ 629 und 643 ZPO hervorgehoben. Mag der Nachlaßrichter das Scheidungsurteil für unrichtig halten, mag das Prozeßgericht tatsächlich unrichtig entschieden haben: Mit dem Eintritt der formellen Rechtskraft des Urteils ist die Ehe in ihrem materiell-rechtlichen Bestande aufgelöst. (§ 1564 Satz 3 BGB.) Der geschiedene Ehegatte gehört nicht mehr zum Kreise der gesetzlichen Erben des anderen Gatten (§ 1931 BGB), das für unehelich erklärte Kind kommt als gesetzlicher Erbe des Ehemanns, der die Anfechtungsklage durchgeführt hat, nicht mehr in Frage (§ 1589 Abs. II BGB). Mit Eintritt der formellen Rechtskraft des Scheidungs- und Nichtigkeitsurteils werden die letztwilligen Verfügungen, durch welche die Ehegatten sich gegenseitig bedacht haben, ebenso wie ihre gemeinschaftlichen Testamente und Erbverträge ihrem ganzen Inhalte nach unwirksam (§§ 2077, Abs. I, 2268 Abs. I, 2279 Abs. I BGB). [9])

Bei Beurteilung dieser erbrechtlichen Folgen der Eheauflösung und der Unehelichkeitserklärung im Erbscheinverfahren ist der Nachlaßrichter an die Konstitutivwirkung dieser Gestaltungsurteile gebunden.

In derselben Weise hat der Nachlaßrichter, ohne daß ihm ein eigenes Prüfungsrecht zustände, jene Urteile zu berücksichtigen, durch welche die allgemeine Gütergemeinschaft, die Fahrnis- und die Errungenschaftsgemeinschaft, oder auch die fortgesetzte Gütergemeinschaft aufgehoben sind (§§ 1468, 1469, 1542, 1549, 1495, 1557 BGB). Auch diese Urteile wirken rechtsgestaltend; mit Eintritt der formellen Rechtskraft tritt die Aenderung der gütergemeinschaftlichen Verhält-

---

8) Hellwig, Rechtskraft S. 3.

9) Allerdings läßt das Gesetz diese sämtlichen Verfügungen von Todeswegen bei Bestand, wenn anzunehmen ist, daß der Erblasser sie auch für den Fall der Auflösung der Ehe getroffen haben würde. (§§ 2077 Abs. I und III, 2268, 2279 BGB).

nisse ein, und diese Aenderung ist grundsätzlich jedermann gegenüber wirksam. [10]) Der Antrag auf Erteilung eines Erbscheins kann vom Nachlaßrichter nicht mehr mit der Begründung zurückgewiesen werden, daß ungeachtet des ergangenen Aufhebungsurteils die fortgesetzte Gütergemeinschaft eingetreten sei.

Erbrechtsgestaltende Kraft kommt auch der durch rechtskräftiges Zivilurteil ausgesprochenen Erbunwürdigkeitserklärung zu. Solange jemand nicht rechtskräftig durch Urteil für erbunwürdig erklärt ist, darf ihm der Nachlaßrichter selbst dann den Erbschein nicht versagen, wenn offensichtlich ein Unwürdigkeitsgrund vorliegt und klar vorauszusehen ist, daß eine Anfechtungsklage nach § 2342 BGB Erfolg haben würde. [11]) [12]) Ebensowenig darf der Nachlaßrichter auf der anderen Seite vor Erlaß einer rechtskräftigen Erbunwürdigkeitserklärung unter selbständiger Beurteilung der Erbunwüdigkeitsgründe demjenigen einen Erbschein erteilen, der bei Wegfall des Erbunwürdigen Erbe sein würde. [13])

Umgekehrt ist das rechtskräftige Erbunwürdigkeitsurteil für den Nachlaßrichter unbedingt bindend, da es den Kreis der Erbberechtigten materiell-rechtlich ändert. Der für erbunwürdig Erklärte wird so behandelt, als ob er zur Zeit des Erbfalls nicht gelebt hätte (§ 2344

---

10) Von diesem Grundsatz macht das Gesetz zugunsten gutgläubiger Dritter eine Ausnahme (§§ 1470 Abs. II, 1435 BGB.

11) So auch Dernburg, Erbrecht § 11 Note 3; Kipp, Lehrbuch § 62 Note 25; Hellwig, Rechtskraft S. 459 Note 6; Staudinger § 2354 Anm. 1. Vgl. auch Z. Bl. F. G. 2. Jahrg. S. 149 und 195; 19. Jahrg., S. 309, 20. Jahrg., S. 213.

Dagegen vertritt Saupe (S. 67) die Ansicht, daß in diesem Falle der Erbschein nicht eher erteilt werden dürfe, als bis die Erledigung des Anfechtungsrechts zufolge Fristablaufs oder eines sonstigen Erloschungsgrundes nachgewiesen sei. Denn — folgert er — wenn auch der Antragsteller bis zur Anfechtung Erbe sei, so sei doch sein Erbrecht kein unwiderrufliches, solange die Anfechtungsmöglichkeit bestehe. Ein widerrufliches Erbrecht aber dürfe nicht bescheinigt werden.

12) Eine ganz andere Frage ist die, ob der Nachlaßrichter bei Anhängigkeit einer Erbunwürdigkeitsklage das Erbscheinverfahren bis zum Erlaß eines Urteils des Prozeßgerichts aussetzen darf. Diese Frage wird man mit dem Kammergericht in OLG 34, S. 318, Bd. 40, S. 155; RJA Bd. 9, S 75 entgegen Bayr. Ob. LG. RJA 17, S. 72 aus Zweckmäßigkeitsgründen bejahen müssen. Wie hier auch RGR-Komm. § 2358 Anm. 1. Dagegen darf der Antragsteller zur Entscheidung streitiger Tat- und Rechtsfragen nicht auf den Weg eines erst anhängig zu machenden Rechtsstreites verwiesen werden (KG J 35 A 110),

13) So auch OLG Dresden in KG J 32, S. 299.

Abs. II BGB). Diese konstitutive Wirkung des Urteils tritt für und gegen alle ein. Der Erbunwürdige hört mit rückwirkender Kraft auch für jeden Dritten auf, Erbe zu sein, namentlich auch gegenüber Nachlaßgläubigern und Vermächtnisnehmern und zwar selbst dann, wenn das Urteil auf irrigen Annahmen des Gerichts beruht und der wirklichen Sachlage nicht gerecht wird. [14]) Den für erbunwürdig Erklärten darf der Nachlaßrichter in keinem Falle mehr als Erben behandeln; der dem Erbunwürdigen etwa erteilte Erbschein muß wegen Unrichtigkeit eingezogen werden (§ 2361 BGB). [15]) [16])

Wer wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht entmündigt ist, kann ein Testament nicht errichten (§ 2229 Abs. III BGB). Ferner ist nach den allgemeinen Vorschriften über die Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte das Testament eines wegen Geisteskrankheit Entmündigten nichtig. (§§ 104, Ziff. 3, 105 Abs. I BGB). Auch hier sind durch den rechtsgestaltenden Akt des vom Prozeßgericht erlassenen Entmündigungsbeschlusses dem Nachlaßrichter bei Erteilung des Erbscheins wieder Bindungen auferlegt: Er hat den Entmündigungsbeschluß bei seiner Entscheidung zu berücksichtigen [17]) und darf z. B. keine Ermittelungen anstellen, ob der wegen Geisteskrankheit entmündigte Testator sein Testament etwa in einem lichten Augenblick errichtet hat.

---

14) Hellwig, Rechtskraft S. 24 Note 2; Kuttner, Festgabe S. 185.

15) Unger, ZZPr. 41, S. 194; Hellwig, im Recht, Jahrg. 14, S. 722; OLG Dresden in KGJ 32 A 299.

16) Vgl. zu Vorstehendem überhaupt Kuttner, Festgabe S. 179/186; Kuttner, Urteilswirkungen S. 26 ff.; Josef, in Iher, Jahrb. Bd. 61, S. 198 ff.

17) Das Nachlaßgericht hat bei Erteilung eines Erbscheins die Gültigkeit des Testaments zu prüfen, auf Grund dessen der Erbschein begehrt wird. So auch Kipp, Lehrbuch § 62 Note 25; KG in KGJ 23 A 66 ff.; Bd. 25 A 64 ff.; Bayr. Ob. LG im Recht 1907, S. 1141.

§ 3.

Die Ansichten der Rechtslehre und Rechtsprechung über die Bindung des Nachlaßrichters.

I. Die Frage, ob die rechtskräftige Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens des Erbrechts im Feststellungsprozesse den Nachlaßrichter bei Erteilung des Erbscheins rechtlich bindet, ist nicht neu und in der Literatur bisher verschieden beantwortet worden.

1) Während die Bindung früher allgemein verneint wurde [1]), hat als erster Dernburg [2]) die Lehre aufgestellt, daß man das Prinzip der Selbständigkeit des Nachlaßrichters nicht übertreiben dürfe. Dernburg bezeichnet es als „juristische Anarchie", wenn der Nachlaßrichter dem durch rechtskräftiges Urteil anerkannten Erben den Erbschein verweigern könnte und nimmt des weiteren an, daß der Nachlaßrichter auf Grund rechtskräftigen Erkenntnisses dem Sieger einen Erbschein erteilen müsse, wenn nicht ein Dritter, dem gegenüber die Rechtskraft nicht wirke, Einspruch eingelegt habe. Der Grundgedanke Dernburgs, daß die Selbständigkeit des Nachlaßrichters bei der Erbscheinserteilung Grenzen habe, hat eine Reihe von Anhängern gefunden. Baumbach [3]), Du Chesne [4]), Endemann [5]), Förster-Kann [6]), Keidel [7]), Kretzschmar [8]), Kuttner [9]), Lent [10]), Leonhard [11]), Rosenberg [12]),

1) Vgl. RGR-Komm. § 2359 bis zur 4. Aufl.

2) Deutsches Erbrecht § 162, III.

3) Baumbach ZPO § 322 Anm. 1 E.

4) Du Chesne ZBl. f. F. G. 12. Jahrg. S. 328.

5) Endemann, Lehrbuch, Erbrecht § 146 V, a mit eigener Begründung.

6) Förster-Kann ZPO § 322 Anm. 7 b, aa.

7) Keidel, Freiw. Gerichtsbark. § 12 Anm. 6.

8) Kretzschmar, Erbrecht § 64 bei Note 33.

9) Kuttner, Festgabe für Gierke S. 161 ff. beschäftigt sich am eingehendsten mit der Frage; derselbe Iher. Jahrb. Bd. 59, S. 393 ff.; ders. Urteilswirkungen S. 119 ff.

10) Lent, Grundriß, S. 51; ders. Enzyklop. Heft 19 S. 11. Lent nimmt in beiden Büchern zu der Frage näher Stellung.

11) Leonhard, Erbrecht § 2359 Anm. II. C, 2.

12) Rosenberg, Lehrbuch § 12 III, 2 b.

Schlegelberger [13]), Soergel [14]), Stein [15]), Unger [16]) und Weißler [17]) teilen diese Ansicht.

Gleichwohl wird man sagen müssen, daß auch heute noch die — wenn auch nicht mehr stark-überwiegende Lehrmeinung sich für die Unabhängigkeit des Erbscheinrichters von Entscheidungen des Prozeßgerichts ausspricht. [18]) Diese Ansicht findet sich bereits in den Motiven zum BGB [19]). Ihr haben sich angeschlossen: Behrend [20]), Boschan [21]), Crome [22]), Hellwig [23]), Heim [24]), Hörle [25]), Jastrow [26]), Josef [27]), Koeßler [28]), Maerker-Köhne und Feist [29]), Matthießen [30]), Münchmeyer [31]), Planck-Unzner [32]), Saupe [33]), Siméon [34]), Staudinger [35]).

Während diese die Unabhängigkeit des Nachlaßrichters in vollem Umfange gewahrt wissen wollen, schränken Kipp [36]), Herold-Eichler [37]),

13) Schlegelberger, Komm. § 12 Anm. 17 beschäftigt sich nächst Kuttner am eingehendsten mit der Frage.
14) Soergel, Komm. § 2359.
15) Stein, Grenzen S. 104.
16) Unger, ZZPr. 41, S. 195, der seine Erörterungen auf den Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit überhaupt abstellt.
17) Weißler, Nachlaßverfahren S. 318.
18) Vgl. Kipp, Lehrbuch § 62 Note 32; RGR-Komm. § 2359.
19) Motive Bd. V S. 556.
20) Behrend, ZZPr. 34, S. 422.
21) Boschan, Nachlaßsachen I S. 28, 65, 81, 124.
22) Crome, Lehrbuch § 678 Note 94 mit Begründung.
23) Hellwig, System I. Teil § 23 II; ders. Rechtskraft, S. 12 Anm. 31 und S. 18; ders. Lehrb. I. Bd. § 59, Note 18; II. Bd. § 70 II, 3.
24) Heim, Feststellungswirkungen S. 238.
25) Hoerle, Recht 1904, S. 375.
26) Jastrow, ZZPr. Bd. 34, S. 514 ff.
27) Josef, ZZPr. 35, S. 561/62; Bd. 43, S. 369 ff. ders. Iher. Jahrb. Bd. 61, S. 197 ff.; ders. Z. Bl. F. G. 15. Jahrg. S. 529; ders. Württ. Z. 1915 S. 101. Josef beschäftigt sich eingehend mit der Frage.
28) Koeßler, ZZPr. 44, S. 23 ff.
29) Maerker, Köhne und Feist, Nachlaßbehandl. S. 640.
30) Matthießen, ZBl. FG 6. Jahrg. S. 395/96.
31) Münchmeyer, Erbnachweis S. 104 und 181.
32) Planck-Unzner, § 2359 Anm. 2.
33) Saupe, Erbscheinverfahren S. 59 ff.
34) Siméon, I. Bd. 2. Hälfte § 158 Note 6.
35) Staudinger, Erbr. §§ 2358/2360 Anm. II, 2.
36) Kipp, Lehrbuch § 62 I, 7.
37) Herold-Eichler, ZBl. FG. 20. Jahrg. S. 206.

RGR=Kommentar [38]) und Warneyer [39]) das freie Prüfungsrecht des Nachlaßrichters unter grundsätzlicher Anerkennung seiner Selbständigkeit dahin ein, daß sie ihn für gebunden erklären, wenn das Erbrecht des Erbscheinanwärters durch rechtskräftiges Urteil verneint ist.

a) In der Begründung ihrer Ansicht weichen diese die Bindung des Nachlaßrichters verneinenden Schriftsteller voneinander ab. Josef, der sich wiederholt eingehend mit der Frage befaßt hat, nimmt an, [40]) § 325 ZPO beschranke die Wirkung der Rechtskraft eines Urteils auf die Prozeßparteien, ihre Rechtsnachfolger und die vom Gesetz besonders bezeichneten Personen. [41]) Nur die im Prozeß unterlegene Partei habe das abgeurteilte Rechtsverhältnis anzuerkennen. Deshalb stehe die Bestimmung des § 325 ZPO einer Ausdehnung der Rechtskraft auf Dritte und somit auch einer Bindung der Staatsbehörden und hier insbesondere der Behörden der freiwilligen Gerichtsbarkeit entgegen.

---

38) RGR=Komm. § 2359 Anm. 2.

39) Warn. Komm. § 2359 Anm. I.

40) ZZPr. Bd. 43, S. 369 und 389, Iher. Jahrb. Bd. 61, S. 207.

41) Die materielle Rechtskraft wirkt für und gegen Dritte in den Fällen, wo eine Partei kraft besonderen Rechts oder kraft Amtes das Recht zur Prozeßführung über fremdes Recht hat. Solcher Falle kennt das geltende Recht eine ganze Reihe, so z. B. wenn der Ehemann, der nach §§ 1380, 1525, 1550 BGB die zum eingebrachten Gute der Frau gehörigen Rechte im eigenen Namen geltend macht, ferner wenn der Pfandungspfandgläubiger, der nach Pfändung einer Forderung oder eines sonstigen Rechtes, dessen Inhaber der Pfandschuldner bleibt, gemäß §§ 829, 835, 841 ZPO auf Feststellung oder, nachdem ihm die Forderung zur Einziehung überwiesen ist, auf Leistung klagt. Man denke weiter an den Fall, daß ein Konkursgläubiger nach § 146 KO Widerspruch erhebt, daß ein Dritter nach dem Patentgesetz,Warenzeichengesetz oder Gebrauchs=Mustergesetz auf Löschung klagt, oder daß der Konkursverwalter, Zwangsverwalter nach §§ 154 ff. ZVG, der Nachlaßverwalter oder der Vertreter des Grundstücks in §§ 58, 787 ZPO. als Parteien kraft Amtes einen Prozeß führen. Als Sonderfälle der Urteilswirkung Dritten gegenüber hebt die Prozeßordnung in §§ 326, 327 noch die Prozeßführung des Vorerben und Testamentsvollstreckers hervor. Auch dort bleibt die Wirkung des rechtskräftigen Urteils nicht auf die Prozeßparteien beschränkt, wo die Logik eine Ausdehnung gebietet, so z. B. in § 129 HGB, wo das im Prozesse der offenen Handelsgesellschaft ergangene Urteil auch gegen die Gesellschafter wirkt. Dazu treten noch die Nebenintervention und die Streitverkündung als Fälle, wo die Streitparteien selbst die Ausdehnung auf den Dritten herbeiführen können. Vgl. Stein=Juncker, Grundriß § 38 I und § 99, II.

In dieser Begründung folgen Josef: Boschan [42]), Hoerle [43]), Matthießen [44]) und Saupe [45]).

Diese Schlußfolgerung wird jedoch dem Wesen der materiellen Rechtskraft und der Bedeutung des § 325 ZPO nicht gerecht.

Die materielle Rechtskraft, bedingt durch die Unanfechtbarkeit des Urteils in dem anhängigen Rechtsstreit ist „die Wirkung, die dem Urteil dann zukommt, wenn die in ihm entschiedene Streitfrage von neuem der Entscheidung durch richterliches Urteil bedarf." [46]) Der Richter des zweiten Prozesses ist an diejenige Entscheidung gebunden, die das frühere Urteil enthält, d. h. er muß ebenso entscheiden, wie der Richter des früheren Prozesses, wenn dieselbe Rechtsfolge in einem zweiten Prozeß geltend gemacht wird. [47]) Der Richter des neuen Prozesses muß das frühere Urteil selbst dann hinnehmen, wenn seine Unrichtigkeit auf Grund neuen Parteivorbringens oder aus Rechtsgründen klar ersichtlich ist. Falsche Urteile kommen nicht nur durch mangelhafte oder absichtlich böswillige Prozeßführung der Parteien, durch unzuverlässige Beweismittel oder auch durch Fehler und Irrtümer des Richters zustande, sie sind auch dann nicht ausgeschlossen, wenn die Parteien in gesetzmäßiger Form gesetzmäßige Prozeßhandlungen vornehmen; in einigen Fällen, insbesondere bei Säumnis und Anerkenntnis knüpft die Rechtsordnung an das Verhalten der Parteien bestimmte Rechtsfolgen und zwingt das Prozeßgericht, diese ohne Sachprüfung als Urteilsgrundlage zu benutzen. Trotz dieser Gefahr sachlich unrichtiger Urteile hat der Staat die bindende Wirkung des formell unanfechtbar gewordenen Urteils eingeführt, weil es nicht angeht, die Richtigkeit einer Prozeßentscheidung bis ins Endlose hinein Zweifeln auszusetzen, und diese Bindung ist auch aus dem Grunde gerechtfertigt, weil die Prozeßparteien selbst die Verantwortung für den Ausgang des Rechtsstreites tragen. Die Behauptungen und Anträge der Parteien bilden abschließend die Grundlage der ergehenden Entscheidung, und jede

---

42) Boschan, Nachlaßsachen I S. 124.
43) Hoerle, im Recht 1904, S. 375.
44) Matthießen, ZBl. F. G. 6. Jahrg. S. 395.
45) Saupe, Erbscheinverfahren, S. 61 Anm. 2.
46) Stein-Jonas § 322, Anm. II.
47) Es ist dies dieselbe Bindung, die nach den §§ 276, 318, 506, 508 Ziff. 3, 700 ZPO, § 102 GVG innerhalb des anhängigen Verfahrens für den das Urteil erlassenden oder einen später mit der Sache befaßten Richter besteht. Vgl. Stein-Jonas § 322 II, 3.

Partei hat es in der Hand, durch Nichtbestreiten oder Zugestehen der gegen sie vorgebrachten Tatsachen in ausschlaggebender Weise auf die Prozeßentscheidung einzuwirken.

Diese Selbstverantwortung der Parteien zwingt den Gesetzgeber aber auch, die Frage zu lösen, ob und inwieweit die Bindung an das Prozeßergebnis auch auf andere als die Streitparteien auszudehnen ist. Denn wenn einmal eine Regelung dahin getroffen ist, daß die Prozeßparteien Herren des Prozesses sind, so folgt daraus ohne weiteres, daß die Rechtskraft sich grundsätzlich auf diejenigen beschränken muß, die als Herren des Prozesses für seinen Ausgang verantwortlich sind. Derselbe Gedanke, der für die Einführung der materiellen Rechtskraft mit maßgebend war, daß durch widerstreitende Entscheidungen die Autorität des Staates und seiner Gerichte leide, liegt der Ausdehnung der Rechtskraft auf Dritte zugrunde. Nur auf solche Dritte erstreckt sich die Bindung des rechtskräftigen Urteils, die zu dem Prozeßgegenstand oder zu einer der Prozeßparteien in nahen Beziehungen stehen. In diesen Fällen würde es gleichfalls dem Ansehen der Rechtspflege und dem Vertrauen des Volkes zu ihr abträglich sein, wenn dieselbe Rechtsfrage widerstreitenden Entscheidungen ausgesetzt wäre. [48])

§ 325 ZPO befaßt sich hiernach sowohl seinem Zwecke als auch seinem Wortlaut nach mit der Ausdehnung der Rechtskraft nur im Hinblick auf die der Gerichtsgewalt unterworfenen Rechtsuntertanen. Dagegen bleibt die Frage, welchen Einfluß die Rechtskraft auf die Staatsorgane als die Träger staatshoheitlicher Rechtspflegetätigkeit hat, in den §§ 325 ff. ZPO vollkommen unberücksichtigt. Aus einer Gesetzesbestimmung, in der ausschließlich die Gebundenheit eines engeren Kreises von gerichtsunterworfenen Rechtssubjekten geregelt ist, kann wohl ein Gegenschluß auf die Gebundenheit aller übrigen gerichtsunterworfenen Rechtssubjekte gezogen werden, nicht aber ein Gegenschluß gegen die Gebundenheit von Staatsbehörden als Verwalter staatlicher Hoheitsrechte, als Organe der allen Rechtssubjekten übergeordneten Staatsgewalt. [49])

b) Die Bindung des Nachlaßrichters an Urteile des Prozeßgerichts soll auch deshalb zu verneinen sein, weil die Bindung eine Unterordnung des Nachlaßrichters unter das Prozeßgericht bedeuten würde,

---

48) Vgl. Stein-Jonas § 325 Anm. I.
49) So Kuttner, Festgabe S. 168; Vgl. auch Kuttner, Urteilswirkungen S. 17 ff.

während tatsächlich die Gerichte der freiwilligen Gerichtsbarkeit in der Behördengliederung den Prozeßgerichten gleichgeordnet sind. Hieraus folgert man, daß die Entscheidungen dieser Behörden unabhängig voneinander ergehen müssen. [50]) Sodann wird auf den inneren Unterschied zwischen der Tätigkeit des Prozeßgerichts und des Nachlaßrichters als Organs der freiwilligen Gerichtsbarkeit hingewiesen. Jenes habe vorhandene Rechte durch Urteil festzustellen, dahingegen habe das Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit neue Rechte zu begründen, vorhandene aufzuheben oder zu ändern. [51])

Diese Erwägungen sprechen jedoch noch nicht gegen die Bindung des Nachlaßrichters. Nachlaßgericht und Prozeßgericht sind allerdings verschiedene, äußerlich von einander unabhängige Behörden. In Preußen und Bayern ist dies weniger augenfällig, weil hier die Geschäfte des Nachlaßgerichts den Amtsgerichten zugewiesen sind, der Amtsrichter also hier sowohl als Prozeßrichter, wie auch als Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit tätig wird (§ 72 FGG). Die Verschiedenheit macht sich dagegen deutlicher bemerkbar in denjenigen Gliedstaaten des Deutschen Reiches, welche auf Grund des § 147 EG BGB die Verrichtungen des Nachlaßgerichts anderen Behörden als den Amtsgerichten übertragen haben. Hiernach ist die Zuständigkeit für die Erteilung des Erbscheins in Württemberg und Baden, zum Teil auch in den beiden Mecklenburg abweichend vom Reichsrecht geregelt. [52])

Diese selbständige Organisation des Nachlaßgerichts zwingt aber noch keineswegs zu der von Josef und seinen Anhängern gezogenen Schlußfolgerung der völligen Unabhängigkeit des Nachlaßrichters von Entscheidungen des Prozeßgerichts. [53]) Es ist eben die Frage, ob die äußerliche Trennung von Nachlaß- und Prozeßgericht auch ihre völlige innere Unabhängigkeit voneinander zur Folge hat.

Wenn aus den unterschiedlichen Aufgaben des Prozeßgerichts und des Gerichts der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Unabhängigkeit des Nachlaßrichters von Prozeßentscheidungen gefolgert werden soll, so ist

---

50) Josef, ZZPr. Bd. 35, S. 562; ebenso Saupe, Erbscheinverfahren S. 60 Anm. 1; Planck-Unzner, Erbrecht § 2359 Anm. 2; Münchmeyer S. 182.

51) So insbesondere Josef, ZZPr. Bd. 43, S. 369; derselbe in Iher. Jahrb. Bd. 61, S. 201; derselbe in ZBl. FG. 15. Jahrg. S. 533.

52) Vgl. Schlegelberger, Komm. § 194 Anm. 4.

53) So auch Kuttner, Festgabe S. 168.

demgegenüber darauf hinzuweisen, daß die Frage der Bindung des Nachlaßrichters nur eine Teilfrage des allgemeineren Problems ist, welche Bedeutung die Entscheidungen des Prozeßgerichts überhaupt für die Organe der freiwilligen Gerichtsbarkeit haben. Diese allgemeinere Frage gehört ihrerseits in den noch umfassenderen Fragenkomplex, welche Wirkung den Staatsakten gegenüber den einzelnen Staatsbehörden zukommt. [54]) Man könnte daher versucht sein, zunächst das allgemeinste Problem zu untersuchen, um auf diese Weise Lösungen der Teilfragen zu finden. Dabei mögen aber die Worte Steins als Mahnung dienen, daß die Gesetzgebung jenes weitgreifendste Problem bisher als ein einheitliches nicht behandelt hat, und daß die Wissenschaft sich hüten muß, eine allgemeingültige einheitliche Antwort geben zu wollen, „denn die entscheidenden Erwägungen nicht der Logik, sondern der Zweckmäßigkeit, die abzuwägenden Interessen, die Bedeutung des einzelnen Akts, wie das Verfahren, aus dem er erwächst, und in dem er geltend gemacht werden soll, die Stellung Dritter dazu u. a. sind schlechterdings verschiedenartig." [55]) Diese Mahnung läßt Josef unbeachtet, wenn er sagt: [56]) Die Frage nach der Wirkung der Prozeßurteile auf die Erteilung des Erbscheins lasse sich nur entscheiden auf Grund einer allgemeinen Prüfung der Frage, inwieweit überhaupt das Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit an prozeßgerichtliche Urteile gebunden sei.

Die Aufgaben der freiwilligen Gerichtsbarkeit sind viel zu mannigfaltig, als daß sie auf den gemeinsamen Nenner der Begründung neuer und der Aufhebung oder Veränderung vorhandener Rechte gebracht werden könnten. Die Tätigkeit des Vormundschaftsrichters läßt sich schwerlich als Rechtsgestaltung bezeichnen, da die Einrichtung der Vormundschaft in erster Linie den Schutz von Personen und des Vermögens des Mündels bezweckt, also weit mehr die Aufrechterhaltung und Sicherung als die Umgestaltung seiner Rechte zum Gegenstande hat. [57]) Erst recht ist die Erteilung eines Erbscheins keine Rechtsgestaltung. Nicht der Erbschein schafft den Erben, sondern der Tod des Erblassers (§ 1922 BGB). Der Erbschein bescheinigt bloß vor-

54) Stein-Jonas § 322 Anm. II, 5; Kuttner, Urteilswirkungen S. 3.
55) Stein-Jonas a. a. O.
56) Iher. Jahrb. 61. S. 200.
57) So auch Lent, Grundriß S. 6.

handene Rechte, und das Erbscheinverfahren steht daher seinem Wesen nach dem Zivilprozeß viel näher als der freiwilligen Gerichtsbarkeit, wenn man als Aufgabe des Zivilprozesses die Aufrechterhaltung vorhandener Rechte ansehen will. Insbesondere liegt in jener Formulierung keine Zusammenfassung der den Organen der freiwilligen Gerichtsbarkeit zugewiesenen Aufgaben derart, daß damit eine Abgrenzung gegenüber den Zwecken und Aufgaben des Zivilprozesses gegeben wäre. Die Begründung neuer und die Aufhebung oder Veränderung bestehender Rechte ist vom geltenden Recht dem Aufgabenkreis der Prozeßgerichte keineswegs entzogen, wie die zahlreichen Klagen auf Rechtsgestaltung und das Entmündigungsverfahren zeigen. Es muß daher, anders als Josef vorschlägt, versucht werden, die Frage der Bindung des Nachlaßrichters im Erbscheinverfahren als Einzelfrage zu lösen.

II. In die oberst-richterliche Rechtsprechung hat der Streit der Lehrmeinungen keinen Eingang gefunden. Die Rechtsprechung stellt sich einheitlich auf den Standpunkt einer grundsätzlichen Bindung des Nachlaßrichters an rechtskräftige Prozeßentscheidungen. [58])

---

58) RG bei Warn. Jahrb. d. Entsch. 1913, Erg. Bd. Nr. 300 (S. 355); KG. in ZBl. FG. 13. Jahrg. S. 40.

§ 4.

Tatsächliche Beweiswirkung der rechtskräftigen Urteile.

Die Tatsache, daß die Frage der Bindung des Nachlaßrichters an Prozeßentscheidungen nur erst höchst vereinzelt Gegenstand der Rechtsprechung gewesen ist, zeigt, daß diese Frage in der Praxis nicht die Bedeutung hat, die man ihr nach dem Meinungsstreit in der Rechtslehre beizulegen geneigt sein könnte. Im täglichen Rechtsleben ist es so, daß nach rechtskräftiger Entscheidung einer Streitsache durch das Prozeßgericht auch der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit die im Prozeß zum Austrag gebrachte Streitfrage als erledigt ansieht und regelmäßig das ergangene Urteil seiner Entschließung zugrunde legt. [1]) Dabei ist nicht daran gedacht, daß das Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit der gleichen Rechtsauffassung folgt, wie das Prozeßgericht; das ist eine Erscheinung für sich. Es handelt sich vielmehr darum, daß der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Entscheidung des Prozeßgerichts als solche oder deren tatsächliche Feststellungen einfach als richtig hinnimmt und seiner Beurteilung zugrunde legt. Man redet hier von der Beweiswirkung des Urteils, bezieht diese Wirkung allerdings zumeist nur auf das Verhältnis einer der Prozeßparteien zu einem am Prozeß nicht beteiligt gewesenen Dritten in künftigen Zivilprozessen. Der Sprachgebrauch könnte vielleicht aus dem Grunde beanstandet werden, weil die ZPO grundsätzlich nur einen Tatsachenbeweis kennt. Aber sie spricht im § 293 von einem „Beweise" auch da, wo es sich um die Ermittelung von ausländischem Recht, Gewohnheitsrecht oder von Statuten handelt. [2])

Daß die Unterlagen des Urteils: Zeugenvernehmungen, Augenscheinseinnahmen, Urkundenbeweise als Beweismittel nicht nur in Prozessen der einen oder der anderen Prozeßpartei gegen Dritte, sondern überhaupt im Rechtsverkehr dienen können, liegt auf der Hand und wird auch in der Literatur nirgendwo bestritten. Für den Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit besteht kein Anlaß, die in einem früheren Prozesse bereits vernommenen Zeugen erneut über die gleiche Beweisfrage zu vernehmen, wenn er sich sagen muß, daß eine wiederholte

---

1) Vgl. Kuttner, Urteilswirkungen S. 6; Josef in Iher. Jahrb. Bd. 61, S. 216.

2) Heim, Feststellungswirkung S. 233.

Vernehmung zu keinem anderen als dem bisherigen Ergebnis führen werde.

Man muß weitergehend aber auch sagen, daß dem Urteil als solchem, also nicht bloß seinen Unterlagen, tatsächlicher Beweiswert zukommt. [3]) Am weitesten geht in dieser Beziehung Schultze, [4]) der seine Ansicht an einigen praktischen Beispielen ausführt, insbesondere an dem Urteil, das zur Begründung eines Regreßanspruches gegen einen Dritten, z. B. einen Miterben oder den Verkäufer einer Sache verwendet werden soll. Er erklärt: „Da jede richterliche Entscheidung prima facie auch eine rechtlich begründete richtige Entscheidung ist, so spricht die Vermutung oder die prima facies dafür, daß der Regreßberechtigte kraft Rechtens nicht hat, was er kraft richterlicher Entscheidung nicht hat." Hiernach soll also das Urteil gegenüber jedem Dritten einen durch Gegenbeweis zu entkräftenden prima facie-Beweis für die Richtigkeit der darin enthaltenen Entscheidung begründen. Diese Auffassung findet im geltenden Recht keine Stütze und wird mit Recht abgelehnt. [5]) Daraus folgt aber noch nicht, daß dem Urteil als solchem jede Beweiswirkung abzusprechen ist, selbst dann nicht, wenn es auf Grund eines Anerkenntnisses, Geständnisses, eines Parteieides oder der Säumnis einer der Prozeßparteien ergangen ist. Denn man kann wohl nicht annehmen, daß ein Anerkenntnis im Prozeß stets auf die Gutmütigkeit des Anerkennenden zurückzuführen ist und von ihm nur abgegeben wird in dem Bestreben, auf diese Weise den leidigen Prozeß möglichst schnell zu Ende zu bringen und den Unannehmlichkeiten eines weiteren Prozeßverfahrens aus dem Wege zu gehen. Der Schuldner wird nur dann anerkennen, wenn er sich für rechtlich verpflichtet hält, das Klagebegehren zu erfüllen. Ein Anerkenntnis aus anderen Beweggründen ist eine höchst seltene Ausnahme. Ebenso steht es mit der Säumnis einer der Prozeßparteien, wenngleich nicht verkannt werden soll, daß eine erstmalige Terminsversäumnis des

3) Das wird von einigen bestritten, z. B. von Wach, Handbuch I S. 629; Mendelssohn-Bartholdy, Rechtskraft S. 362 ff.; Kuttner, Nebenwirkungen S. 180 wendet sich nicht, wie Heim a. a. O. S. 233 anzunehmen scheint, gegen die Beweiswirkung des Urteils überhaupt, sondern bekämpft nur die Annahme einer gesetzlichen Beweiskraft des Urteils für die materielle Richtigkeit seines Inhalts. Vgl. auch Kuttner, Urteilswirkungen S. 7. Note 18.

4) ZZPr. Bd. 2, S. 37.

5) So auch Heim, a. a. O. S. 234; Mendelssohn-Bartholdy, Rechtskraft S. 366.

Beklagten weit seltener als ein Anerkenntnis damit zu erklären sein wird, daß er den Anspruch des Klägers als begründet anerkennen will. Wenn späterhin die so ergangenen Urteile als Tatsachen in Betracht gezogen werden, wird stets von dem Unterlegenen eine Erklärung gefordert werden, weshalb er das Urteil gegen sich habe ergehen lassen, wenn er das Begehren seines damaligen Prozeßgegners nicht für gerechtfertigt gehalten habe.

Auch da, wo das Urteil auf den Ergebnissen einer wirklichen Beweisführung beruht, läßt sich nicht allgemein behaupten, daß es als solches nicht Beweismittel sei. Das Gericht trifft seine Entscheidung auf Grund seiner freien Ueberzeugung, und bei dieser spielen auch subjektive Momente mit. „Die Beweisergebnisse sind nicht immer so bestimmt, daß sie eine verschiedenartige Beurteilung nicht zulassen, und die Art der richterlichen Mitwirkung bei der Beweisaufnahme ist auch oft genug von Einfluß auf dieselben". [6]) Berücksichtigt man dies, so ist es klar, daß vielfach nicht die frühere Beweiserhebung, sondern der Inhalt der Entscheidung in Wahrheit das Beweismittel im zweiten Prozeß ist.

Muß man also hiernach auch zugeben, daß sowohl das Zivilurteil als solches wie auch seine Unterlagen Beweiswirkungen haben können, so bestehen diese doch nur darin, daß das Urteil auf dem Gebiete der tatsächlichen Beweiswürdigung von der prüfenden Behörde für die Bildung ihrer Ueberzeugung von Bedeutung sein kann. Es steht sonach auf einer Stufe etwa mit dem Gutachten eines Medizinal-Kollegiums oder einer Handelskammer oder mit der amtlichen Auskunft einer Steuerbehörde, d. h. es hat nur den tatsächlichen Beweiswert, den jede amtliche Meinungsäußerung haben kann; sein Beweiswert hängt von den konkreten Umständen des einzelnen Falles ab, insbesondere von dem Vertrauen, das man in die subjektive Zuverlässigkeit der Meinungsäußerung hegt und von der objektiven Ueberzeugungskraft ihres Gedankeninhalts. [7])

Wenn man dem Zivilurteil anderen Staatsbehörden gegenüber auch einen derartigen tatsächlichen Beweiswert einräumt, so ist damit das Problem noch nicht gelöst, ob die Rechtskraft des Urteils, die in jedem neuen Zivilprozeß den Weg zur Berichtigung der einmal getroffenen

---

6) So Heim, a. a. O. S. 234.
7) Vgl. Kuttner, Urteilswirkungen S. 6/7.

Entscheidung versperrt, von den übrigen Staatsorganen u. a. dem Nachlaßrichter nicht kraft Rechtens beachtet werden muß, daß also der Nachlaßrichter ohne Rücksicht auf seine Ueberzeugung von der Richtigkeit der Entscheidung an den Urteilsinhalt gebunden ist.[8]) Es fragt sich, ob der Nachlaßrichter noch Tatsachen berücksichtigen darf, die in jedem Verfahren vor einem Prozeßgericht durch die Rechtskraft des Urteils absolut abgeschnitten wären; ob er eine erneute selbständige Subsumtion des Sachverhalts unter die maßgebenden Rechtsnormen vornehmen und dabei Rechtsansichten zur Geltung bringen darf, die jedem Prozeßgericht versperrt wären.[9])

---

8) Planck § 2359 Anm. 2: „Das Urteil hat für das Nachlaßgericht nur die Bedeutung eines Beweismittels".
9) Vgl. Kuttner, Urteilswirkungen S. 7.

§ 5.

Rechtskräftige Verneinung des Erbrechts durch das Prozeßgericht.

Der Erblasser A hat als alleinige gesetzliche Erben seine beiden Neffen X und Y hinterlassen. X ist der Sohn der verstorbenen Schwester des Erblassers; Y gilt als ehelicher Sohn eines gleichfalls verstorbenen Bruders des Erblassers. Der Neffe X nimmt den Nachlaß für sich allein in Anspruch mit der Behauptung, Y sei nicht ehelich geboren, und der Vater des Y sei gestorben, ohne das Recht auf Anfechtung der Ehelichkeit verloren zu haben (§ 1593 BGB). Y, der nicht gewillt ist, seinen Vetter X ohne weiteres als den alleinigen Erben anzuerkennen, erhebt gegen ihn Klage und beantragt, festzustellen, daß er, der Kläger, neben dem Beklagten zur Hälfte Miterbe an dem Nachlaß des Erblassers A geworden sei. Auf Grund der Verhandlungen und einer über die Behauptungen des Klägers angeordneten Beweisaufnahme kommt das Prozeßgericht zu dem Ergebnis, daß Y außerehelich geboren ist und weist aus diesem Grunde seine Klage ab, da er nach § 1589 Abs. II BGB als nicht verwandt mit seinem Vater und dem Erblasser A anzusehen sei. Dieses Urteil wird rechtskräftig. Nunmehr beantragt Y beim Nachlaßgericht einen gemeinschaftlichen Erbschein als Miterbe des X (§ 2357 BGB). Der Nachlaßrichter hat Bedenken gegen die Richtigkeit des im Feststellungsprozesse ergangenen Urteils. Darf er neue Ermittelungen über die Ehelichkeit des Antragstellers Y anstellen, oder muß er dessen Antrag ohne weiteres auf Grund des rechtskräftigen Urteils zurückweisen?

I. Durch das rechtskräftige Urteil ist im Verhältnis zwischen X und Y festgestellt, daß dem Y kein Erbrecht an dem Nachlaß des A zusteht. Würde nun der Nachlaßrichter dem Antrage des Y stattgeben und ihm in einem Erbschein sein Miterbrecht bescheinigen, so hätte dieser Erbschein nach § 2365 BGB die Vermutung für sich, daß dem Y das im Erbschein angegebene Erbrecht zusteht. [1]) Diese Vermutung wirkt für

---

1) Herzfelder bei Staudinger BGB Erbrecht, §§ 2365/2367 Bem. II, 1 begrenzt den Umfang dieser Vermutung auf den objektiven Bestand des Erbrechts und die subjektive Berechtigung des im Erbschein als Erben Bezeichneten.

und gegen jedermann, [2]) also auch gegen X. Die Ausdehnung der Vermutungswirkungen auch auf X durch Erteilung eines Erbscheins an Y verstößt gegen die Rechtskraft des zwischen X und Y ergangenen Urteils, denn dem Y gegenüber ist X alleiniger Erbe. Ohne Verstoß gegen die Rechtskraft dieses Urteils könnte der Nachlaßrichter also nur einen Erbschein erteilen, der von seinen Wirkungen den X ausnähme. Einen solchen, in seinen Wirkungen persönlich beschränkten Erbschein kennt das geltende Recht nicht. [3])

II. Hinzukommt noch ein weiteres: Nach § 2362 BGB kann der wirkliche Erbe von dem Besitzer eines unrichtigen Erbscheins die Herausgabe an das Nachlaßgericht verlangen. Y muß den X als Alleinerben gelten lassen. Das gebietet die Rechtskraft des zwischen ihnen ergangenen Urteils. Da als mögliche Erben des A nur X und Y in Frage kommen, ist X zur Geltendmachung des Anspruchs aus § 2362 BGB berechtigt, wenn der Nachlaßrichter dem Y einen Erbschein erteilen sollte. Mit der Herausgabe an das Nachlaßgericht würde der Erbschein kraftlos werden, und es kann, wie Kipp [4]) mit vollstem Recht betont, nicht der Wille des Gesetzes sein, „ein solches Spiel durchzuführen".

1) Dagegen meint Josef: [5]) Kein Gesetz besage, daß wie hier angenommen, die Herausgabe des Erbscheins an das Nachlaßgericht sein Kraftloswerden bewirke. Das Nachlaßgericht habe vielmehr über den ihm herausgegebenen Erbschein nach Maßgabe der §§ 2359, 2361 BGB zu befinden, ihn also nur dann zu vernichten, wenn es ihn für unrichtig erachte. Halte es ihn dagegen auch jetzt noch für richtig, so habe es ihn keineswegs zu vernichten, sondern den Erbschein höchstens sachgemäß dahin zu ergänzen, daß zwar ein Erbansprecher in einem gegen den ausgewiesenen Erben durchgeführten Erbrechtsfeststellungsprozeß rechtskräftig obgesiegt habe, daß dieses Urteil aber keine Feststellung enthalte, durch welche die Richtigkeit des vom Nachlaßgericht erteilten Erbscheins erschüttert werde.

Dem ist aber entgegenzuhalten, daß eine derartige Ergänzung des Erbscheins nicht zulässig ist. Der Erbschein ist nach § 2353 BGB ein Zeugnis über das Erbrecht, nichts weiter. Wenn der Nachlaßrichter

2) Staudinger BGB Erbrecht, §§ 2365/2367 Bem. II.
3) So auch Kipp, Lehrbuch § 62 I, 7.
4) Lehrbuch § 62, I, 7.
5) Iher. Jahrb. Bd. 61, S. 209.

nach dem Vorschlage Josefs erklären soll, daß die Richtigkeit des erteilten Erbscheins durch das Urteil nicht erschüttert werde, so ist nicht einzusehen, weshalb dann überhaupt diese Ergänzung hinzugefügt werden soll. Tatsächlich soll aber doch durch diesen Vermerk dem Vorliegen eines vom Erbscheinsinhalt abweichenden Urteils Rechnung getragen werden. Auf diese Weise werden aber Unklarheiten hervorgerufen, die mit dem Zweck des Erbscheins scharf in Widerspruch stehen und im Interesse der Verkehrssicherheit nicht geduldet werden können. In der Rechtsprechung wird immer wieder darauf hingewiesen, daß der Erbschein nur dann eine brauchbare Unterlage für den Rechtsverkehr abgebe, wenn er sich unzweideutig über das Erbrecht ausspreche. [6]) Die von Josef vorgeschlagene Ergänzung würde andererseits auch einer Begründung des Erbscheins gleichkommen, und auch diese ist nach der ständigen Rechtsprechung des Kammergerichts unstatthaft, da sie der Rechtsnatur des Erbscheins als eines Zeugnisses widerstrebt und ihn für den Rechtsverkehr ungeeignet macht. [7])

Die hier vertretene Ansicht findet ihre Bestätigung in einem Beschlusse des Kammergerichts vom 12. Januar 1905. [8]) Diesem Beschlusse lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Im Nachlasse der im Jahre 1901 gestorbenen A. S. fand sich in einem offenen, an ihren Bruder R. S. adressierten Briefumschlag ein auf zwei Briefbogen eigenhändig geschriebenes und unterschriebenes, mit Orts- und Zeitangabe versehenes Schriftstück, das Verfügungen der A. S. über ihr Vermögen für die Zeit nach ihrem Tode enthielt. Die beiden Briefbogen waren beim Tode der Erblasserin nicht miteinander verbunden. Auf Antrag des R. S. wurde diesem vom Nachlaßgericht ein Erbschein dahin erteilt:

> „Als gesetzliche Erben der A. S., welche, soweit bekannt, nur ein privatschriftliches Testament .... hinterlassen hat, das zwar an sich für gültig erachtet wird, in dem aber eine bestimmte Erbeseinsetzung nicht gefunden wird, sind folgende Personen ausgewiesen: ....“

Einer der in dem Erbschein benannten Erben legte Beschwerde ein und beantragte die Ausstellung eines neuen, uneingeschränkten Erb-

6) Vgl. OLG Bd. 21, S. 346 und Bd. 43, S. 185.
7) So KGJ Bd. 50 A 94.
8) KGJ Bd. 29 A 66.

scheins. Die Beschwerde war erfolglos, der weiteren Beschwerde wurde jedoch stattgegeben mit folgender Begründung:

Der Erbschein sei nach § 2353 BGB ein dem Erben zu erteilendes Zeugnis über sein Erbrecht und, wenn er nur zu einem Teile der Erbschaft berufen sei, über die Größe seines Erbteils. Seien mehrere Erben vorhanden, so sei nach § 2357 Abs I BGB auf Antrag ein gemeinschaftlicher Erbschein zu erteilen, in dem, wie sich aus § 2357 Abs. II ergebe, die Erben und ihre Erbteile anzugeben seien. Werde der Erbschein einem Vorerben erteilt, so müsse er die in § 2363 vorgeschriebenen Angaben über die Nacherbfolge enthalten. Habe der Erblasser einen Testamentsvollstrecker ernannt, so sei nach § 2364 die Ernennung in dem Erbschein anzugeben. Auf diesen Inhalt des Erbscheins beschränkten sich die Vermutungen des § 2365 und die Wirkungen des öffentlichen Glaubens (§§ 2366, 2367 BGB). Ein weiterer Inhalt sei im Gesetz für die Regel nicht vorgesehen, überflüssig und wegzulassen. Der Erbschein solle lediglich ein Zeugnis über jene Rechtsverhältnisse sein; sonst sei in ihn nichts aufzunehmen, namentlich auch keine Begründung dieses Zeugnisses oder eine Bescheinigung über sonstige Rechtsverhältnisse.

Hieraus folge zwar noch nicht, daß in allen Fällen, in denen der Erbschein Ueberflüssiges enthalte, der Erbe beschwerdeberechtigt sei. Seine Befugnis zur Einlegung von Rechtsmitteln sei vielmehr nach §§ 20, 29 Abs. IV FGG dadurch bedingt, daß sein Recht durch den überflüssigen Inhalt des Erbscheins beeinträchtigt werde. Das sei z. B. dann der Fall, wenn dadurch der Erbschein unübersichtlich oder unklar und infolgedessen sein Gebrauch im Geschäftsverkehr erschwert werde, besonders auch, wenn Tatsachen und Erwägungen aufgenommen seien, die Zweifel an der Richtigkeit des notwendigen Inhalts des Erbscheins hervorrufen könnten.

Die Angabe des Erbscheins, daß die Erblasserin, „soweit bekannt", nur ein privatschriftliches Testament hinterlassen habe, das zwar an sich für gültig erachtet, in dem aber eine bestimmte Erbeinsetzung nicht gefunden werde, stelle sich als eine überflüssige Begründung der dem Inhalte des Erbscheins zugrundeliegenden Feststellung dar, daß die gesetzliche Erbfolge eingetreten sei. Die darin enthaltene Anerkennung der Gültigkeit des Testaments sei vermöge der den gerichtlichen Entscheidungen zukommenden Autorität geeignet, die in dem Testamente mit Vermächtnissen Bedachten zur Erhebung von Ansprüchen gegen den

Erben zu veranlassen, die unbegründet seien, wenn das Testament, wie der Beschwerdeführer behaupte, ungültig sei. Die Bemerkung, daß die Erblasserin „soweit bekannt", nur jenes Testament hinterlassen habe, und daß in diesem eine Erbeinsetzung nicht gefunden werde, könnte das Bedenken hervorrufen, ob nicht doch in dem Testament eine Erbeinsetzung enthalten sei und ob nicht noch andere Verfügungen von Todeswegen vorhanden seien. Der vom Beschwerdeführer beanstandete Inhalt des Erbscheins beeinträchtige deshalb das Recht des Erben, auf dessen Antrag der Erbschein erteilt sei und, da es sich um einen gemeinschaftlichen, sämtliche Erben legitimierenden Erbschein handele, auch das der Miterben. Der Beschwerdeführer erscheine unter diesen Umständen berechtigt, im Wege der Beschwerde die Ausstellung eines den fraglichen Satz nicht enthaltenden Erbscheins zu verlangen. [9])

Ueberhaupt muß bezweifelt werden, daß der Ausgangspunkt der von Josef vertretenen Ansicht richtig ist, daß nämlich die Herausgabe des Erbscheins an das Nachlaßgericht diesen noch nicht kraftlos mache. Gleicher Ansicht wie Josef ist Saupe [10]), und diesem ist allerdings darin recht zu geben, daß das Nachlaßgericht bei Rückgabe des Erbscheins festzustellen hat, aus welchem Grunde die Ablieferung erfolgt ist. Denn es ist sehr wohl möglich, daß der Erbschein versehentlich an das Nachlaßgericht zurückgelangt ist, oder daß der bisherige Besitzer irrtümlich eine Rückgabepflicht angenommen oder auch, daß ein Dritter in der Absicht, den Erbscheinsberechtigten zu schädigen, sich den Erbschein verschafft und ihn dem Nachlaßgericht abgeliefert hat. Man wird deshalb sagen müssen, daß die einfache Rückgabe des Erbscheins unbedingt noch keine rechtliche Wirkung hat. [11]) Nur unter der Voraussetzung, daß der bisherige Besitzer des Erbscheins nach der ergangenen Prozeßentscheidung zur Ablieferung verpflichtet war, bewirkt die Herausgabe das Kraftloswerden des Erbscheins. Im übrigen aber ist die von Saupe vertretene Auffassung abzulehnen.

Für das Nachlaßgericht besteht auch nach Erteilung eines Erbscheins die Verpflichtung weiter, das Vorliegen der Voraussetzungen

---

9) Ueber die Unzulässigkeit einer Ergänzung des Erbscheins vgl. auch Bayr. Ob. LG in DJZ 1924, S. 322 und Drewes in JW 1926, S. 2427 ff.; eine Berichtigung des Erbscheins erscheint ebenso unzulässig; vgl. hierüber KG in OLG Bd. 38, S. 1 und Bayr. Ob. LG. in Jur. Rundsch. 1926 Nr. 254.

10) Erbscheinverfahren S. 100 ff.

11) So auch Münchmeyer. Erbnachweis S. 193.

für diese Erteilung und somit die Richtigkeit des Erbscheins von Amtswegen zu prüfen, sobald irgend ein Anlaß für solche erneute Prüfung sich ergibt. [12]) Deshalb ist im § 2361 Abs. III BGB allgemein bestimmt, daß das Nachlaßgericht von Amtswegen Ermittelungen über die Richtigkeit eines erteilten Erbscheines anstellen kann. [13])

Für den Erben ist die Klage aus § 2362 BGB nur der eine Weg, den ihm das Gesetz eröffnet, um einen unrichtigen Erbschein zu beseitigen. Statt diesen Weg zu gehen, kann der Erbe auch gemäß § 2361 Abs. I BGB im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit beim Nachlaßgericht den Antrag stellen, daß der Erbschein eingezogen, oder falls er nicht sofort erlangt werden kann, für kraftlos erklärt werde. [14]) Für diesen Fall bestimmt das Gesetz ausdrücklich im § 2361 Abs. I Satz 2 BGB: „Mit der Einziehung wird der Erbschein kraftlos". Die Einziehung ist vollzogen, wenn das Gericht den tatsächlichen Besitz des ausgehändigten Erbscheins wieder erlangt hat. [15])

Die gleiche Wirkung wie der Einziehung muß der Herausgabe des Erbscheins im Falle des § 2362 BGB beigelegt werden, denn die Herausgabe besteht nicht anders wie die Einziehung in der körperlichen Erlangung des erteilten Erbscheins, oder wie § 2366 BGB es ausdrückt, in der vollzogenen „Rückgabe des Erbscheins". Wenn dem Erben nicht nur die Befugnis gewährt ist, die Einziehung oder Kraftloserklärung durch das Nachlaßgericht zu betreiben, sondern wenn ihm das Gesetz daneben noch ein besonderes Recht verleiht, die Herausgabe des Erbscheins an das Nachlaßgericht zu verlangen, so kann in der Gewährung dieses besonderen, im Prozeßwege zu verfolgenden Rechtes nur dann ein Sinn gefunden werden, wenn der Erbe auf diesem Wege unabhängig von dem Willen und den Ansichten des Nachlaßrichters eine Beseitigung des unrichtigen Erbscheins erreichen kann. Wollte

12) Vgl. auch KGJ Bd. 36 A. S. 114, und KG in OLG Bd. 38, S. 263 ff.

13) Vgl. auch § 12 FGG.

14) Nach preußischem Recht kann die Herausgabe des Erbscheins vom Nachlaßgericht durch Ordnungsstrafen erzwungen werden (preuß. FGG Art. 15/17).

15) So RGR-Komm. § 2361 Anm. 3; Staudinger, Erbrecht § 2361 Anm. 2 bezeichnet die Einziehung als „das körperliche Wiederwegnehmen im Gegensatz zur Aushändigung."

man der von Josef und Saupe [16]) vertretenen Ansicht folgen und annehmen, daß die gemäß § 2362 Abs. I BGB erfolgte Herausgabe des Erbscheins den Erbschein noch nicht kraftlos mache, daß vielmehr, um diesen Erfolg herbeizuführen, das Nachlaßgericht erst noch die Einziehung des abgelieferten Erbscheins selbständig nach freiem Ermessen zu beschließen habe, so wäre nicht einzusehen, welchen Zweck dann die Gewährung des besonderen Herausgabeanspruchs in § 2361 Abs. I BGB haben sollte. § 2361 Abs. I wäre überflüssig, denn der Erbe wäre, um den unrichtigen Erbschein aus der Welt zu schaffen, letzten Endes auf den gleichen Rechtsschutz angewiesen, den ihm bereits § 2361 BGB gewährt. [17])

Mit Recht nimmt daher die herrschende Meinung an, daß der Erbschein auch im Falle des § 2362 BGB mit der Vollziehung der Herausgabe an das Nachlaßgericht kraftlos wird. [18])

2) Gegen die hier vertretene Ansicht führt Koeßler [19]) an, es sei noch nicht gewiß, daß der Prozeßsieger — im obigen Beispiel X — auf Grund des erstrittenen Urteils ohne weiteres die Herausgabe des Erbscheins an das Nachlaßgericht verlangen könne. Die Erbrechtsfeststellungsklage und die Klage aus § 2362 BGB beträfen nicht den gleichen Gegenstand; die Entscheidung gelte im letzten Falle der Frage, ob unter den jetzt obwaltenden Umständen ein Zeugnis gleichen Inhalts nicht erteilt werden dürfe, nicht aber der Frage, wie sich die Rechtslage prozessual unter den Parteien gestaltet habe. Selbst bei unveränderter Sachlage werde das im Feststellungsprozesse ergangene Urteil noch nicht notwendig zu einer Entscheidung nach dem Antrage des nun-

---

16) Saupe, Erbscheinverfahren S. 100 ff.; wie Josef und Saupe, aber ohne eigene Begründung, auch Herzfelder bei Staudinger, Erbrecht § 2362, Bem. 1.

17) So mit Recht auch Kuttner, Festgabe S. 205.

18) Außer von Kuttner und Münchmeyer a. a. O. wird diese Ansicht vertreten von Planck § 2362 Bem. 1, Leonhard, Erbrecht § 2362 Bem. III; Warneyer Komm. § 2362; Crome, Bürg. Recht § 680 II; Endemann Lehrbuch, Erbrecht § 145 IV b 2; Cosack Lehrbuch II, 2 § 171, II, 3 a; Strohal § 67 VII; Boschan, S. 82; Weiner, S. 81; Kretzschmar, ZBl. FG Jahrg. 8, S. 603; Hellwig, Anspruch u. Klagerecht S. 46 Anm. 8.
Nach RGR-Komm. § 2362 Bem. 1 wirkt die Herausgabe des Erbscheins an das Nachlaßgericht als „Einziehung“ und hat auch dieselbe Wirkung wie diese. Diese Formulierung stimmt sachlich mit der herrschenden und auch oben vertretenen Ansicht überein.

19) ZZPr. Bd. 44, S. 45.

mehrigen Klägers führen. Die in diesem Streite ergehende Entscheidung stehe zu der im Erbrechtsfeststellungsprozesse ergangenen nicht in dem Verhältnisse, daß sie durch diese bestimmt werden müsse.

Es ist richtig, daß die Klage aus § 2362 BGB nicht als Erbrechtsfeststellungsklage zu bewerten ist; [20]) ihr Ziel ist die Herausgabe des Erbscheins, also ein anderes als das der Feststellungsklage. Darum kann man aber noch nicht sagen, die Entscheidung über den Herausgabeanspruch könne völlig unabhängig von dem im Feststellungsprozesse ergangenen Urteile erfolgen. Denn die Entscheidung über den Anspruch auf Herausgabe des Erbscheins hängt ausschließlich von der Frage ab, ob der Kläger X der alleinige Erbe ist. Ueber diese Frage aber ist in dem Feststellungsprozesse rechtskräftig entschieden; nach der Abweisung der von Y angestrengten Feststellungsklage steht fest, daß dem Y ein Miterbrecht neben X nicht zusteht, und die Rechtskraft verbietet es, in dem neuen Prozeß über die Herausgabe des Erbscheins abweichend von dem früheren Urteil dahin zu entscheiden, daß X nicht alleiniger Erbe sei. [21])

Diese Folge der Rechtskraft kennt bereits das römische Recht. Ulpian behandelt in L 1 § 4 D 43, 30 den Fall, daß gegen A ein Urteil ergangen ist, B stehe nicht unter seiner väterlichen Gewalt (si iudicatum fuerit non esse eum in potestate). Später klagt A mit dem interdictum de liberis exhibendis auf Herausgabe des B. Damit erhebt er einen Anspruch, der in dieser Form noch nicht abgeurteilt ist, und für den die früher verneinte Rechtsbehauptung der Hauszugehörigkeit nur eine Vorfrage ist. Gleichwohl steht, wie Ulpian sagt, der Klage des A die exceptio rei iudicatae entgegen, ne de hoc quaeratur an sit in potestate, sed an sit iudicatum. Demnach darf die Frage nach der potestas nicht erneut geprüft werden. Ist entschieden, eum non esse in potestate, so ist die Folge: pro veritate accipitur. [22]) Der zweite Richter hat die Feststellung des

---

20) So auch Hellwig, Lehrb. Bd. II, § 102, II, 2 und Note 16.

21) Zustimmend Kipp, Lehrbuch § 62 Note 34; vgl. auch Hellwig, System I. Teil § 229 I: Die bindende Kraft der im Urteile enthaltenen Feststellung verhindert es, „daß die entschiedene konkrete Rechtsfrage in einem zweiten Prozesse anders entschieden wird als die rechtskräftige Feststellung lautet"; vgl. auch Stein-Jonas § 322 Anm. IX.

22) L. 207 D 50, 17 Schlußsatz aus L. 25 D 1, 5.

ersten Urteils seiner Entscheidung zugrunde zu legen; er ist an ihren Inhalt gebunden. [23]).

Diese bindende Kraft der im Urteil enthaltenen Feststellung ist auch nach unserer heutigen Auffassung die allen vorbehaltlosen und unbedingten rechtskräftigen Endurteilen eigentümliche Wirkung. Jedem Urteil wohnt eine besondere Feststellungswirkung inne. Bei den verurteilenden Erkenntnissen liegt sie darin, daß in dem Befehl an den Beklagten, eine konkrete Verpflichtung zu erfüllen, begriffsnotwendig auch die Bejahung ihres Bestehens oder, wie Hellwig [24]) es ausdrückt, „die Feststellung des konkreten Anspruchs auf die Leistung" mit enthalten ist. Die Gestaltungsurteile bringen durch ihren rechtsgestaltenden Inhalt zum Ausdruck, daß ein Recht des Klägers auf diese Gestaltung als bestehend und der Verwirklichung bedürftig anerkannt wird. Während die verurteilenden Erkenntnisse als Vollstreckungstitel das Recht auf Vollstreckung erzeugen und zugleich in dem angedeuteten Sinne feststellend wirken, kommt den Feststellungsurteilen nur allein diese Feststellungswirkung zu. Das leuchtet für die reinen Feststellungsurteile, die auf eine Feststellungsklage hin ergehen, ohne weiteres ein, da diese sich lediglich über das Bestehen oder Nichtbestehen eines konkreten Rechtsverhältnisses aussprechen. Eine Feststellung enthält aber auch jedes eine Klage aus sachlichen Gründen abweisende Urteil, denn ein solches Urteil spricht aus, daß die vom Kläger aufgestellte Rechtsbehauptung unrichtig ist. [25])

Allerdings ergibt sich die Bedeutung und Tragweite dieser Feststellungswirkung eines rechtskräftigen Urteils nicht unmittelbar aus den §§ 322 ff. ZPO, wo man sie nach der Anordnung des Gesetzesstoffes erwarten sollte. Die §§ 325 ff. ZPO und ebenso z. B. §§ 76, 629, 643, 856 Ziff. 4, 1040 ZPO sprechen nur ganz unbestimmt von der „Wirkung" des Urteils, ohne den Inhalt dieser Wirkung näher zu kennzeichnen. Andere Gesetzesbestimmungen schaffen jedoch die nötige Klarheit. Wo nämlich das Wesen der Bindung einmal inhaltlich näher bestimmt werden soll, wird es als Bindung des zweiten Richters oder als bindende Kraft des Urteils bezeichnet. So z. B. spricht § 11 ZPO aus, daß die rechtskräftige Entscheidung eines Gerichts über seine Unzuständigkeit „für das Gericht bindend" ist, das später mit der Sache

23) Vgl. Hellwig System, I. Teil § 227, II.
24) System I. Teil, § 17 II, 2.
25) Hellwig, System I. Teil, § 17 II, 1; ders., Rechtskraft § 1.

befaßt wird. Ebenso spricht § 14 Abs. II Ziff. 1 EG ZPO von der „bindenden Kraft" des Strafurteils und verneint sie für das Verhältnis zwischen Straf- und Zivilrichter. Es wird hier dieselbe Wendung gebraucht, mit der in den §§ 276, 318, 506, 565 Abs. II ZPO die Bindung des Gerichts innerhalb des Prozesses bezeichnet wird. Hieraus rechtfertigt sich die Schlußfolgerung, daß die Art der Bindung außerhalb des Prozesses dieselbe sein muß, wie sie z. B. im § 565 Abs. II ZPO bestimmt wird: Das Berufungsgericht hat die rechtliche Beurteilung, welche der Aufhebung zugrundegelegt ist, „auch seiner Entscheidung zugrunde zu legen". [26]) In diesem Zusammenhang sei auch auf § 723 Abs I ZPO hingewiesen. Trotz der Fassung des § 328 ZPO kommt die Anerkennung ausländischer Urteile im Inlande nur als Ausnahme in Betracht. Wird das ausländische Urteil aber anerkannt, so steht es einem rechtskräftigen inländischen Urteil gleich; für die Zwangsvollstreckung bedarf es zwar noch eines besonderen Vollstreckungsurteils, aber dieses ist „ohne Prüfung der Gesetzmäßigkeit" des ausländischen Urteils zu erlassen. Es wird also nicht geprüft, ob der Verurteilte die Leistung aus den im Urteil angeführten Gründen wirklich schuldet, sondern nur darauf kommt es an, daß im Urteil festgestellt ist, der Verurteilte schulde. [27])

Koeßler zieht denn auch nicht die letzten Folgerungen aus seiner Ansicht, sondern sagt einlenkend, daß bei der Klage aus § 2362 BGB der Prozeßrichter regelmäßig dem im Erbrechtsfeststellungsprozesse ergangenen Urteile zustimmen und deshalb der Klage auf Herausgabe des Erbscheins stattgeben werde. Es scheine geboten, „der überragenden Bedeutung der streitigen Gerichtsbarkeit in der Rechtspflege gerecht zu werden." [28])

III. Ein Zeugnis über ein zwischen den Prozeßparteien im Rechtsverkehr nicht mehr anerkanntes Erbrecht entbehrt auch der inneren Berechtigung und darf auch aus diesem Grunde vom Nachlaßrichter nicht erteilt werden. Würde dieser ohne Rücksicht auf die Prozeßentscheidung seiner eigenen Auffassung über das Erbrecht der Parteien folgen und die Partei durch Erteilung eines Erbscheins als Erben ausweisen, deren Erbrecht durch prozeßgerichtliche Entscheidung verneint ist, so würde

---

26) Zustimmend Stein-Jonas § 322 Anm. II, 3; Hellwig, System I. Teil § 229 II.
27) Hellwig, System I. Teil § 229 II.
28) Koeßler, ZZPr. Bd. 44, S. 46.

hier mit staatlicher Autorität ein Recht bescheinigt, dessen Hinfälligkeit mit derselben Autorität rechtsverbindlich festgestellt ist. „Das Zeugnis über ein rechtskräftig aberkanntes Erbrecht ist ein falsches Zeugnis, eine für den Rechtsverkehr verhängnisvolle Rechtsverdunkelung.“ [29])

Diese Ansicht wird auch nicht durch den Hinweis auf §§ 2359, 2361 BGB erschüttert, welche dem Nachlaßrichter eine amtliche Ermittelungstätigkeit zur Pflicht machen. Dieses auch die übrigen Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit beherrschende Inquisitionsprinzip soll es verbieten, den Nachlaßrichter an eine Entscheidung zu binden, die unter der Herrschaft der Verhandlungsmaxime vom Prozeßgericht erlassen ist. [30]) Das hier aufgeworfene Bedenken bleibt jedoch nicht auf die rechtsverneinenden Urteile beschränkt, sondern wird von der bindungsfeindlichen Lehre in gleicher Weise auch in denjenigen Fällen geltend gemacht, wo das Erbrecht des Erbscheinanwärters durch rechtskräftiges Urteil bejaht ist.

---

29) Schlegelberger, Komm. § 12 Anm. 17.

30) Vgl. Josef, Iher. Jahrb. Bd. 61, S. 206; Jastrow 33Pr. 34, S. 515.

§ 6.

Verhalten des Nachlaßrichters, wenn das Erbrecht des Erbscheinanwärters durch rechtskräftiges Urteil bejaht ist.

Zivilprozeß und Erbscheinverfahren — dieses als Teil der freiwilligen Gerichtsbarkeit — unterstehen verschiedenen Verfahrensprinzipien. Die für den Zivilprozeß zur Durchführung gebrachte Verhandlungsmaxime überläßt es ausschließlich den Prozeßparteien, den Streitstoff, der die Urteilsgrundlage bilden soll, zu sammeln und die Beweise dafür zu beschaffen. Ausschließlich Sache der Parteien ist es, für die Vollständigkeit ihres Vorbringens und ihres Beweisantritts zu sorgen, und sie allein tragen die Verantwortung, wenn infolge der Unvollständigkeit ein unrichtiges Urteil ergeht und ihre Interessen verletzt. [1]) Die Parteien bestimmen den Umfang der für die Entscheidung zu berücksichtigenden Behauptungen und Beweiserhebungen. Sie haben es in der Hand, durch Nichtbestreiten, Geständnis, Terminsversäumnis, Verzicht auf prozessuale Rechtsbehelfe eine bestimmte Urteilsgrundlage zu schaffen, über deren Grenzen hinaus das Prozeßgericht eine selbständige Ermittlungstätigkeit nicht ausüben darf. Die Regeln über die Verteilung der Beweislast, über die Zurückweisung verspätet vorgebrachter Angriffs-, Verteidigungs- und Beweismittel können leicht zu einer Entscheidung führen, die den tatsächlichen Vorgängen nicht entspricht. Gleiches läßt sich von den gesetzlichen Beweisfolgen der Eidesleistung, der verweigerten Erklärung über einen zugeschobenen Eid, der Eidesverweigerung oder des Eideserlasses, von den Wirkungen der Anerkennung einer Privaturkunde oder der verweigerten Vorlegung einer Urkunde sagen. [2]) Dieser Ausgestaltung des Zivilprozesses liegt der Gedanke des Gesetzgebers zu Grunde, daß jede Partei im wohlverstandenen eigenen Interesse sich bemühen wird, selbst den Sachverhalt zu ermitteln, unrichtigen Behauptungen der Gegenseite zu widersprechen und ihrerseits alles vorzubringen, was zur Klarstellung des wahren Sachverhalts dienlich ist, daß also auf diese Weise durch die Darstellungen beider Parteien zusammen ein zutreffendes Bild der streitigen tatsächlichen Vorgänge

---

1) Hellwig, System I. Teil § 140, III, 2.
2) Vgl. Kuttner, Festgabe S. 176.

erzielt wird. „Der Egoismus der Parteien und die Gegensätzlichkeit ihrer Interessen sorgen besser, als es eine staatliche Untersuchung vermöchte, für die vollständige Beibringung und Aufhellung des Streitmaterials". [3]) Mangels eines öffentlichen Interesses kann es auch nicht Aufgabe des Staates sein, die privatrechtlichen Verhältnisse der Prozeßparteien zum Gegenstande staatlicher Untersuchungstätigkeit zu machen, wie dies im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Fall ist.

Diese Gestaltung des Prozeßverfahrens trägt, wie bereits gesagt, die Gefahr sachlich unrichtiger Urteile in sich, weil eben die Parteien durch ihr Verhalten die Entscheidung in ausschlaggebender Weise beeinflussen können. Man vergegenwärtige sich folgenden Fall: [4])

A beantragt als Testamentserbe für sich einen Erbschein. B, der hiervon erfährt, widerspricht dem Antrage vor dem Nachlaßgericht mit der Behauptung, der Testator sei zur Zeit der Testamentserrichtung geisteskrank gewesen (§ 105 Abs. II BGB); die vom Nachlaßgericht angestellten Ermittelungen ergeben jedoch die völlige Zurechnungsfähigkeit des Testators, und das Nachlaßgericht erteilt demgemäß dem A einen Erbschein nach Antrag. B beruhigt sich hierbei nicht, sondern klagt gegen A mit dem Antrag, A zu verurteilen, den Kläger als den alleinigen Erben anzuerkennen, den Nachlaß herauszugeben und über dessen Verbleib Auskunft zu erteilen, auch den Erbschein an das Nachlaßgericht herauszugeben. Der Beklagte, A, beantragt Klageabweisung. Die vom Prozeßgericht angeordnete Beweisaufnahme ergibt wiederum, daß der Erblasser bei der Testamentserrichtung im Vollbesitze seiner Geisteskräfte gewesen ist, daß also der erteilte Erbschein richtig ist. Noch im Laufe des Prozesses wird nun aber der Beklagte, A flüchtig; sein Anwalt tritt nicht mehr für ihn auf, und es ergeht gegen ihn auf Antrag des B ein Versäumnisurteil des aus dem Klageantrag ersichtlichen Inhalts. Dieses Urteil wird rechtskräftig. Dem Prozeßsieger B gelingt es auch, aus der zurückgelassenen Habe des flüchtigen A den Erbschein wegzunehmen. Er liefert ihn dem Nachlaßgericht ab und beantragt unter Hinweis auf das rechtskräftige Urteil die Erteilung eines Erbscheins auf sich [4]). Josef [5]) nimmt hier an, das Nachlaßgericht müsse den Antrag unter allen Umständen

3) So Rosenberg, Lehrbuch § 62 I.
4) Vgl. Josef in Iher. Jahrb. Bd. 61, S. 206.
5) Iher. Jahrb. Bd. 61, S. 206.

zurückweisen, denn für seine Entschließung seien die §§ 2359, 2361 BGB maßgebend und danach könne es dem Sieger B den Erbschein nur dann erteilen, wenn es dessen Erbrecht für festgestellt erachte. Hier aber ersehe es aus dem Versäumnisurteil und den Prozeßakten nicht nur, daß dem Sieger das Erbrecht nicht zustehe, sondern auch, daß der früher erteilte Erbschein richtig war.

a) Koeßler will im Falle der nichtkontradiktorischen Entscheidung des Prozesses, also im Falle eines Versäumnis- oder Anerkenntnisurteils, dem Nachlaßrichter stets das freie Prüfungsrecht über die Erbberechtigung des Erbscheinanwärters einräumen. [6]) Dieser Ansicht ist aber entgegenzuhalten, daß die Gestaltungsurteile in ihren erbrechtlichen Auswirkungen dem Nachlaßrichter unter allen Umständen eine selbständige Prüfung der durch das Urteil entschiedenen Streitfragen verbieten und ihn zwingen, seine Entscheidung der Gestaltungswirkung des prozeßgerichtlichen Urteils anzupassen. [7]) Die vom Nachlaßrichter zu berücksichtigenden Gestaltungsurteile ergehen keineswegs sämtlich auf Grund amtlicher Tatsachenermittelung, sondern werden teilweise im gewöhnlichen Zivilprozeß unter der vollen Herrschaft der Verhandlungsmaxime und Dispositionsfreiheit der Prozeßparteien erlassen. Hier kann die Entscheidung also auch auf Geständnis, Anerkenntnis, Versäumnis oder einer sonstigen prozessualen Verfügung der Parteien beruhen, die der Wahrheitsermittelung des Prozeßgerichts Halt geboten, und doch ist der Nachlaßrichter an die Konstitutivwirkung dieser Urteile gebunden. Unter der uneingeschränkten Prozeßherrschaft der Parteien ergehen z. B. die Urteile, welche die allgemeine Gütergemeinschaft oder die Fahrnisgemeinschaft aufheben oder einen Erben für erbunwürdig erklären.

b) Grundsätzlich ist zu sagen: Das Verfahren mit Verhandlungsmaxime erstrebt genau wie das staatliche Untersuchungsverfahren die Feststellung der Wahrheit. Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime sind nur verschiedene Wege, um zu dem Ziele der Wahrheit zu gelangen, und das eine Verfahrensprinzip bietet ebensowenig wie das andere eine unbedingte Garantie, daß dieses Ziel wirklich erreicht wird. Man muß im Gegenteil sagen, daß in der Regel das unter der Herrschaft der Verhandlungsmaxime ergangene Urteil mit größerer Wahr-

---

6) Koeßler, ZZPr. 44, S. 46/47. Koeßler nimmt, ohne dies ausdrücklich hervorzuheben, nur einen tatsächlichen Beweiswert der vom Prozeßgericht angestellten Ermittelungen für den Nachlaßrichter an.
7) Vgl. oben § 2.

scheinlichkeit der wirklichen Sachlage entsprechen wird, als die in dem summarischen, mit den Garantien des Zivilprozesses für richtiges Erkennen der Wahrheit nicht ausgestatteten staatlichen Untersuchungsverfahren getroffene Entscheidung. Das erkennt auch das Reichsgericht in einer Entscheidung vom 24. Februar 1913 [8]) in vollstem Umfange an, indem es ausführt: „Trotz Betätigung größter Sorgfalt ist der Nachlaßrichter nicht imstande, alle in Betracht kommenden Punkte so vollständig aufzuklären, wie es dem Prozeßgericht möglich ist. Zur Einforderung umfangreicher Gutachten und zur Vernehmung mehrerer Sachverständigen, die über die gleiche Frage (Echtheit des Testaments, Zurechnungsfähigkeit des Erblassers usw.) sich auslassen, wird es in dem der Erteilung des Erbscheins vorgehenden Verfahren nur selten kommen. Für die Erreichung der praktischen Zwecke des Erbscheinverfahrens ist eine baldige Erteilung des Erbscheins nötig, was den Nachlaßrichter bestimmen wird, möglichst von einer weitausschauenden Beweisaufnahme abzusehen. Oft wird er — woraus ihm ein Vorwurf nicht gemacht werden kann — über die Richtigkeit oder Unrichtigkeit einer Tatsache, soweit nicht § 2356 BGB die Einreichung von Urkunden vorschreibt, nach eigenem freien Ermessen befinden. Der Nachlaßrichter ist ferner, wennschon er seine Ermittelungen von Amtswegen anstellt, nicht in der Lage, alle Streitpunkte zu übersehen, die erst im Prozesse sich herausstellen. Die im Erbrechtsstreit ergehende Entscheidung muß deshalb im Verhältnis der Prozeßparteien zu einander den Vorzug vor der im Erbschein getroffenen provisorischen Lösung haben. [9])

---

8) Warneyer, Jahrbuch der Entscheid. 1913, Erg. Bd. Nr. 300 (S. 355).

9) Das Reichsgericht bestätigt in dieser Entscheidung die Bedeutung des Erbscheins für den Rechtsverkehr, die darin besteht, daß er einstweilige Ordnung für die erbrechtliche Gesamtnachfolge schafft. Er sichert vorläufige Rechtsgewißheit und vorläufigen Rechtsfrieden und bringt dadurch die Idee zum Ausdruck, daß dem Rechtsverkehr mit einer, wenn auch nur einseitigen und unvollkommen getroffenen sofortigen Sicherstellung der Rechtslage mehr gedient ist als mit einer gründlichen Erforschung der wahren Erbberechtigung, die schließlich nur das Privatinteresse des einzelnen Erbprätendenten betrifft. Daraus folgt, daß der Erbschein seinem Inhalte nach nicht auf die Feststellung des Erbrechts selbst abzielt, sondern daß sein Zweck nur darin besteht, die Verfügungsgewalt über die Nachlaßrechte kraft Amtsgewalt einem bestimmten Berechtigten zu verleihen und zwar demjenigen, dem gegenwärtig das Verfügungsrecht über die Nachlaßrechte zusteht. Vgl. Endemann, Lehrbuch § 144, III.

2) Der Hinweis Josefs auf die §§ 2359, 2361 BGB vermag von der Richtigkeit seiner Ansicht nicht zu überzeugen, da er nicht den Kern des Problems trifft: Die Frage, ob nicht die amtliche Ermittlungstätigkeit des Nachlaßrichters vor der Rechtskraft des zwischen A und B ergangenen Urteils Halt machen muß. [10])

Das gegen A ergangene Versäumnisurteil entspricht nicht der wirklichen Rechtslage. Gleichwohl aber verleiht die Prozeßordnung auch diesem Urteil Rechtskraft und damit unumstößliche Geltung unter den Parteien. Unter den Prozeßparteien ist die Frage, wer von ihnen Erbe ist, ein für allemal zugunsten B's entschieden, und jedes Prozeßgericht, das sich künftig mit dieser Frage befassen muß, ist an diese Entscheidung gebunden, selbst hier, wo die sachliche Unrichtigkeit, der Entscheidung offen zutage tritt. [11]) A hat keine Möglichkeit, das Urteil aus der Welt zu schaffen. [12]) Die von der Prozeßordnung als Rechtsbehelf gegen rechtskräftige Urteile vorgesehene Restitutionsklage des § 580 ZPO muß versagen, weil keiner der im Gesetz erschöpfend aufgezählten Restitutionsgründe gegeben ist. Wenn der Prozeßsieger B das Urteil vollstrecken läßt und sich in den Besitz des Nachlasses setzt, so kann man dieses Vorgehen noch nicht einmal als eine gegen die guten Sitten verstoßende Ausbeutung der Rechtskraft bezeichnen, die dem A nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts unter Umständen die Möglichkeit bieten würde, gegen B eine Unterlassungsklage, gestützt auf § 826 BGB zu erheben mit dem Antrage, B zu verurteilen, von dem Versäumnisurteil keinen Gebrauch zu machen. Es kann zweifelhaft sein, ob B bösgläubig ist in dem Sinne, daß er von der Haltlosigkeit seines Anspruchs gegen A überzeugt ist. Aber angenommen, es treffe ihn der Vorwurf der Bösgläubigkeit, so muß doch die Auffassung, daß schon die bloße Bösgläubigkeit des Klägers bei Verfolgung seines Anspruchs oder Geltendmachung des Vollstreckungsrechts eine Schadensersatzklage auf Aufhebung des rechtswidrigen Urteils (in Form der oben angedeuteten Unterlassungsklage) gewähre, abgelehnt werden. Das Reichsgericht hat sich in ständiger Rechtsprechung gegen

---

10) Vgl. auch Schlegelberger, Komm. § 12 Anm. 17.
11) So auch Hellwig, Rechtskraft S. 12.
12) Ob er seinen Anwalt auf Schadensersatz in Anspruch nehmen kann, ist eine andere Frage, die mit der Geltungskraft des Urteils unter den Parteien nichts zu tun hat.

diese Ansicht ausgesprochen, [13]) und selbst Reichel, der sie als Rechtspolitiker „herzlich begrüßen würde" [14]), hat sie für das geltende Recht nicht zu vertreten gewagt. Nicht schon die Moralwidrigkeit der Vollstreckung gegen A macht den B nach § 826 BGB schadensersatzpflichtig, sondern nur die vorsätzliche moralwidrige Schädigung löst diese Ersatzpflicht aus. Eine Schädigung des A liegt jedoch nicht vor. Einmal fehlt es, wenn A den Nachlaß herausgeben muß, am Kausalzusammenhang zwischen der angeblichen Moralwidrigkeit und dem eingetretenen Schaden. Denn der Schaden war für A bereits in der Verurteilung begründet. Das Urteil belastete den Beklagten bereits mit einer unantastbaren Leistungspflicht. [15]) Sodann ist aber zu berücksichtigen, daß A den Beweis seiner Schädigung überhaupt nicht erbringen kann, denn zum Nachweise seiner Schädigung müßte er dartun, daß die Vollstreckung des Urteils der wirklichen Rechtslage nicht entsprach. Hierüber darf jedoch kein Beweis erhoben werden, weil das Prozeßgericht andernfalls die rechtskräftig entschiedene Frage, ob B Erbe ist, von neuem prüfen müßte. Dieser Nachprüfung steht die Rechtskraft des ersten Urteils zwingend entgegen und zwar solange, als nicht das frühere Urteil selbst oder doch seine Folgen beseitigt sind. Das soll ja aber erst durch die neue Entscheidung erreicht werden. [16]) Insbesondere aber ist zu beachten, daß der feststellende Teil des Urteils [17]) einer Vollstreckung überhaupt nicht fähig ist und daher schon aus diesem Grunde jeder Versuch, mit Hilfe einer Schadensersatz- bezw. vorbeugenden Unterlassungsklage diesen Teil des Urteils zu beseitigen, versagen muß. [18])

3) Dem im Prozeß unterlegenen A darf der Nachlaßrichter aus den im § 5 aufgeführten Gründen einen Erbschein nicht erteilen. Der Nachlaßrichter darf sich aber auch nicht weigern,

---

13) Vgl. RG Bd. 67 S. 153; Recht 1919 Nr. 1093; 1909 Nr. 3555; 1919 Nr. 1265; 1920 Nr. 2854.

14) Reichel, Festschrift für Wach Bd. III, S. 82.

15) Vgl. Hellwig, Rechtskraft S. 6 und RG Bd. 67, S. 153.

16) Vgl. Oertmann, Arch. f. bürg. Recht, Bd. 42, S. 7; Stein-Jonas § 322 Anm. IX, 2; Hellwig, System I. Teil § 229 VII.

17) Der Antrag der Klage, den A zur Anerkennung des Erbrechts zu verurteilen, entspricht nicht dem Gesetz, da er in der Form einer Verurteilungsklage nach § 894 ZPO gehalten ist. Da jedoch auch die prozeßrechtlichen Erklärungen der Parteien vom Gericht auszulegen sind, darf der Antrag des Klägers ohne Bedenken als Feststellungsantrag angesehen werden. Vgl. auch Stein-Jonas § 256, Anm. IV, 2, b.

18) So auch Rosenberg, Lehrbuch § 163 Abs. IV, vgl. auch Oertmann, Arch. Bd. 42, S. 7 und 16.

dem Prozeßsieger B sein Erbrecht nunmehr zu bescheinigen, wenn dieser einen entsprechenden Antrag stellt. Es kann nicht Aufgabe des Nachlaßrichters sein, durch Verweigerung des Erbscheins den Schaden, den A durch seine Flucht sich selbst zugefügt hat, wiedergutzumachen.

a) Diese Erwägung wird auch nicht durch den Einwand Kipps [19]) erschüttert, der Nachlaßrichter sei nicht gezwungen, die Stellung des Prozeßsiegers noch dadurch zu verbessern, daß er ihn mit der weit über die Rechtskraft inter partes hinausreichenden Vermutung des Erbscheins ausstatte. Alle Verfügungen, die B über den Nachlaß trifft, bedeuten für A als den wirklichen Erben vermögensrechtlich eine Benachteiligung. A hat aber kein Mittel, diese Benachteiligung zu verhindern oder durch Inanspruchnahme B's auszugleichen; denn überall ist dabei die Frage des Erbrechts im Verhältnisse zwischen A und B von entscheidender Bedeutung, und diese Frage kann stets nur im Sinne des ersten Urteils entschieden werden. Da A den B doch als Erben gelten lassen muß, hat es keinen Sinn, diesem seine Stellung unnötig zu erschweren, zumal ihm das Gesetz die Möglichkeit gibt, seine durch das Urteil erkämpfte Stellung auch ohne das Legitimationsmittel des Erbscheins auszunutzen.

Angenommen, B veräußert ein zum Nachlaß gehörendes Pferd. Wenn der Erwerber den B für den Eigentümer hält, so erwirbt er auf Grund seines guten Glaubens das Eigentum, obwohl er vom Nichtberechtigten erwirbt (§ 932 BGB). Denn die Rechtskraft des gegen A erwirkten Urteils hat den B nicht zum Erben gemacht. Die materiellrechtliche Auffassung der Rechtskraftwirkung, die früher die durchaus herrschende war und auch heute noch vielfach vertreten wird, ist abzulehnen. [20]) Hat der Erwerber aber den Sachverhalt gekannt, so versagt der Schutz des guten Glaubens, und er ist nicht Eigentümer des Pferdes geworden. Als Eigentümer muß nach wie vor der „wirkliche" Erbe A gelten. Dieser kann also, gestützt auf § 985 BGB von dem Erwerber die Herausgabe seines Eigentums verlangen. Der Erwerber wird, da ihm der frühere Prozeß A's mit B bekannt ist, das Egentum A's bestreiten, indem er dessen Erbeneigenschaft in Abrede stellt. In diesem Prozesse kann die Frage, ob A Erbe und damit

---

19) Lehrbuch § 62 I, 7.

20) Vgl. Rosenberg, Lehrbuch § 154 und Stein-Jonas § 322 II, 1 sowie die dort verzeichnete Literatur.

Eigentümer ist, neu geprüft werden. Die Rechtskraft des zwischen A und B ergangenen Urteils steht nicht im Wege, da die dort entschiedene Frage nicht unter den Parteien des damaligen Prozesses verhandelt wird. Auf Grund der Beweisaufnahme über die Testierfähigkeit des Erblassers wird das Prozeßgericht das Erbrecht des Klägers A bejahen müssen und den Erwerber demgemäß zur Herausgabe des Pferdes an A verurteilen. Was A gegen den Erwerber unternimmt, kann dem B bis zu dem Augenblicke gleichgültig sein, wo er selbst von dem Erwerber aus dem der Veräußerung zugrundeliegenden Kausalgeschäft in Anspruch genommen wird. Nunmehr wird er natürlich prüfen, ob ihm das gegen B erwirkte Versäumnisurteil nützen kann, und diese Prüfung muß zu seinen Gunsten ausfallen. So wenig nämlich das gegen A ergangene Urteil den B zum Erben machen konnte, ebensowenig vermag die Rechtskraft des von A gegen den Erwerber des Pferdes erstrittenen Urteils den A zum Eigentümer zu machen, wenn er es vorher noch nicht war. Das Eigentum an dem Pferde ist vom Erblasser gemäß § 1922 BGB auf dessen Erben übergegangen. Im Verhältnis zwischen A und B ist die Frage, wer als Erbe anzusehen ist, endgültig für B entschieden, und demzufolge dringt B gegen A durch, wenn er ihn mit der rei vindicatio seinerseits auf Herausgabe des Pferdes in Anspruch nimmt. Der Erfolg ist also der, daß B dem Erwerber das Pferd zurückgeben kann und damit in seiner Stellung als verfügungsberechtigter Erbe bestätigt wird und daß A obendrein die Kosten des letzten Verfahrens trägt. Die Gerichte aber haben zwei Prozesse entscheiden müssen, die in ihrem praktischen Ergebnisse lediglich den status quo wiederhergestellt haben und die im Interesse des Rechtsfriedens und des Ansehens der Rechtspflege besser nicht geführt worden wären. Denn dem Nichtjuristen wird diese Rechtsprechung, die zuerst den A für den Eigentümer des Pferdes erklärt, um im nächsten Urteil sein Eigentum zu verneinen und B für den Eigentümer zu erklären, einfach unverständlich bleiben.

Noch eigenartigere Folgen hat die Weigerung des Nachlaßrichters, dem Prozeßsieger B einen Erbschein zu erteilen, für den Grundbuchverkehr. Um über die zum Nachlaß gehörenden Grundstücke und Grundstücksrechte verfügen zu können, muß B zuvor als Erbe eingetragen sein. (§ 40 GBO). Nur dann erübrigt sich nach § 41 GBO seine vorherige Eintragung, wenn er ein eingetragenes Recht übertragen oder aufheben will. Voraussetzung ist aber auch

hier, daß er sich dem Grundbuchamt gegenüber als Erbe ausweist, und diesen Nachweis kann er nach § 36 GBO nur durch Vorlage eines Erbscheins erbringen. Da angenommen ist, daß als mögliche Erben nur A und B in Frage kommen können, hat B zwar die Möglichkeit, den A auf Einwilligung in die Eintragung B's als Erben zu verklagen (§ 894 BGB). Die Rechtskraft des der Klage stattgebenden Urteils würde alsdann nach § 894 ZPO die Einwilligungserklärung A's ersetzen. Damit erreicht B aber noch nicht seine Eintragung als Alleinerbe, denn der Grundbuchrichter hat auch das Antragsrecht B's zu prüfen. Aus dem Urteilsinhalt ersieht er zwar, daß B als alleiniger gesetzlicher Erbe anzusehen ist, und daß daneben das testamentarische Erbrecht A's nicht in Betracht kommt. Zu berücksichtigen ist aber, daß diese Feststellung des Prozeßgerichts nicht in Rechtskraft erwachsen ist, sondern nur ein Entscheidungselement darstellt. Selbst durch Hinzuziehung des von B gegen A erwirkten Versäumnisurteils, das diesen dem A gegenüber als alleinigen Erben ausweist, lassen sich die Voraussetzungen für die Eintragung B's nicht erfüllen, denn der Grundbuchrichter muß jeden Versuch, die gesetzliche Erbfolge B's in anderer Weise als durch Erbschein darzutun, zurückweisen. [21])

Die Weigerung des Nachlaßrichters, das gegen A ergangene Versäumnisurteil durch Erteilung eines Erbscheins an den Prozeßsieger anzuerkennen, zeitigt hier Folgen, die für den Rechtsverkehr geradezu unerträglich sind. Was soll aus der unbeweglichen Hinterlassenschaft des Erblassers werden, wenn weder A noch B darüber verfügen können? Keiner von beiden kann, wenn A in einem handschriftlichen Testament als Erbe eingesetzt ist, sich dem Grundbuchamt gegenüber in der Form des § 36 GBO als Erbe ausweisen. An wen sollen die Hypothekengläubiger Kündigungserklärungen richten (§§ 1141, 1148 BGB)? Wie endlich soll sich der Vollstreckungsrichter verhalten, wenn ein Gläubiger des A oder B den Antrag auf Versteigerung eines der zum Nachlaß gehörenden Grundstücke stellt (§ 17 ZVG). [22]) Man sieht, das gesamte im Grundbuch eingetragene Vermögen des Erblassers wird auf unabsehbare Zeit dem Rechtsverkehr entzogen.

---

21) So auch Güthe-Triebel § 36 Anm. 6; vgl. als hiermit übereinstimmend Oberneck Bd. II S. 527.

22) Nach § 17 ZVG ist die Anordnung der Zwangsversteigerung eines Grundstückes nur dann zulässig, wenn der Schuldner als Eigentümer eingetragen oder Erbe des eingetragenen Eigentümers ist.

Der Gedanke liegt nahe, mit Hilfe des § 22 GBO einen Ausweg aus diesen Schwierigkeiten zu suchen. Die Grundbucheintragungen über das Vermögen des Erblassers in ihrer jetzigen Form sind unrichtig. Ein Toter kann nicht mehr Berechtigter sein, und es ist deshalb eine Berichtigung des Grundbuchs notwendig. § 22 GBO eröffnet eine doppelte Möglichkeit, diese Berichtigung herbeizuführen: Der wahre Berechtigte hat entweder, entsprechend dem im Grundbuchverkehr herrschenden formellen Konsensprinzip eine Berichtigungsbewilligung des von der Neueintragung Betroffenen beizubringen, oder aber er muß mittels öffentlicher Urkunden den Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs führen. Die erste Möglichkeit scheidet für B von vornherein aus. Als von der Berichtigung betroffen kann nur der „wirkliche" Erbe A angesehen werden. Wie will B dem Grundbuchamt diese Passivbeteiligung A's nachweisen? Es bleibt die zweite Möglichkeit: B kann durch Vorlage von Geburts- und Sterbeurkunden beweisen, daß der eingetragene Berechtigte gestorben ist und weiter, daß er selbst der nächste Verwandte des Erblassers ist und auch keine gleichnahen Verwandten vorhanden sind. Das gegen A erwirkte Versäumnisurteil beweist, daß eine testamentarische Erbfolge nicht eingetreten ist. Bezüglich des letzten Beweispunktes muß aber schon das Bedenken auftauchen, ob das Urteil wirklich diesen Beweis erbringt, ob es nicht vielmehr lediglich beweist, daß der Prozeßgegner A nicht als testamentarischer Erbe anzusehen ist. Von diesem Bedenken abgesehen, muß aber darauf hingewiesen werden, daß das Vorhaben B's, durch den Unrichtigkeitsnachweis seine Eintragung als gesetzlicher Erbe des eingetragenen Berechtigten herbeizuführen, nichts anderes ist als ein Versuch, sein gesetzliches Erbrecht in anderer Weise als durch einen Erbschein nachzuweisen. Dieser Versuch muß an der strengen Vorschrift des § 36 GBO scheitern: „Der Nachweis der Erbfolge kann **nur** durch einen Erbschein geführt werden."

Zusammenfassend ist daher zu sagen, daß die Weigerung des Nachlaßrichters, dem Prozeßsieger einen Erbschein zu erteilen, dem wirklichen Erben keinerlei Vorteile mehr bringen kann, daß sie den Sieger nur in beschränktem Umfange in seiner Verfügungsmacht behindert, daß sie aber für den Rechtsverkehr stets ganz untragbare Folgen hat.

b) Gegen die Ansicht **Kipps**, daß der Nachlaßrichter durch Erteilung eines Erbscheins an den Prozeßsieger dessen materiell-rechtlich

ungerechtfertigte Stellung nicht noch verbessern dürfe, spricht auch ein Vergleich mit dem Grundbuchrecht. Dort kann die nur inter partes wirkende Rechtskraft eines Urteils durch Eintragung des Urteilsinhalts in das Grundbuch Vermutungs- und Publizitätswirkungen inter omnes gewinnen. Hierauf weist zutreffend auch Kuttner [23]) hin. Kuttner bildet den Fall, daß dem im Grundbuche als Hypothekengläubiger eingetragenen B sein Gläubigerrecht von einem anderen, namens K bestritten wird. K erhebt gegen B Feststellungsklage, und durch rechtskräftiges Urteil wird festgestellt, daß die Hypothek dem nichteingetragenen K zusteht. Dieses Urteil stellt die Unrichtigkeit des Grundbuchs nur inter partes fest. Wenn K nunmehr seine Eintragung als Hypothekengläubiger beantragt, so muß der Grundbuchrichter diesem Antrage stattgeben, ohne berechtigt zu sein, seinerseits noch eine Prüfung darüber anzustellen, ob das Grundbuch unrichtig ist. „Hierüber endgültige Gewißheit zu schaffen, mußte dem Prozeßrichter überlassen bleiben, dessen Verfahren allein mit allen den schützenden Einrichtungen versehen ist, die eine ungehemmte Kognition und eine richtige Beurteilung der verborgenen Privatrechtslage am sichersten verbürgen.“ [24])

Diese Gebundenheit des Grundbuchrichters wird auch von der Rechtsprechung anerkannt. In einer Entscheidung vom 30. 3. 1910 [25]) spricht das Kammergericht aus, daß in einem Streit über die Festsetzung einer Grundstücksgrenze das Urteil die Unrichtigkeit des Grundbuchs nachweise, soweit die Grenzfeststellung von dem grundbuchmäßigen Bestande der Nachbargrundstücke abweiche und ohne Auflassung des streitigen Stückes zur Grundbuchberichtigung führen müsse.

Im gleichen Sinne hat sich auch das Bayerische Oberste Landesgericht in einem Beschlusse vom 2. August 1919 [26]) ausgesprochen. Dort handelt es sich darum, daß H eine Grundstücksparzelle zu einhalb Miteigentumsanteil für sich beanspruchte, während P behauptete, Alleineigentümer dieser Parzelle zu sein. H hat den P verklagt mit dem Antrage, zu erkennen, P habe das Miteigentum des Klägers zu gleichen

---

23) Iher. Jahrb. Bd. 59, S. 402.

24) So Kuttner, Urteilswirkungen S. 83. Zustimmend auch Hellwig, System I. Teil § 229, IV: „Erstreitet ein Nichteigentümer gegen mich, der ich im Grundbuch eingetragen bin, die Feststellung, er sei der Eigentümer, so kann ich nicht verhindern, daß er die „Berichtigung“ des Grundbuchs herbeiführt, sich den Besitz verschafft und der Folgen des § 900 BGB teilhaftig wird“.

25) OLG Bd. 20, S. 405.

26) DJZ 1920 S. 239.

Teilen anzuerkennen. Die Klage wurde rechtskräftig abgewiesen. Das Grundbuchamt hat die streitige Parzelle auf P umgeschrieben. Die Beschwerde des H hatte keinen Erfolg, und auch seine weitere Beschwerde wurde zurückgewiesen mit der Begründung: Der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit habe den Urteilsspruch dann als richtig anzuerkennen und seiner Entschließung zugrundezulegen, wenn seine Entschließung solche Verhältnisse zur Grundlage zu nehmen habe, als deren Träger ausschließlich die Parteien eines früheren Prozesses erschienen und die in diesem Prozeß durch Urteil rechtskräftig festgestellt seien.

Daß der Grundbuchrichter in dieser Form an ein rechtskräftiges Urteil gebunden sei, wird von K i p p auch nicht in Abrede gestellt. Nur glaubt er, daß für die dem Prozeßsieger durch Erbscheinerteilung entstehende Vermutung der Vergleich mit der entsprechenden Grundbuchvermutung nicht passe. Er erklärt: [27]) Wenn jemand eine Klage auf Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs siegreich durchgeführt habe, so richte sich die Rechtskraft gegen den, der bisher kraft seiner Eintragung im Grundbuche diese Vermutung für sich gehabt habe. Etwas derartiges sei bei der Klage auf Feststellung des Erbrechts nicht gegeben. Diese Erwägung vermag jedoch m. E. von der Unrichtigkeit des hier gezogenen Vergleichs nicht zu überzeugen. Soll der Einwand K i p p s auch dann gelten, wenn in dem Prozeß auf Feststellung des Erbrechts dem Beklagten bereits ein Erbschein erteilt war, sodaß für ihn die Erbscheinvermutung spricht? In diesem Falle wirkt die Rechtskraft doch auch nur gegen den, der bisher die Vermutung des Erbscheins für sich hatte.

---

27) Lehrbuch § 62, Note 33.

§ 7.

Grenzen der Bindung.

Koeßler macht einen Vermittelungsvorschlag dahin: Der Nachlaßrichter solle bei Erteilung des Erbscheins der Entscheidung des Prozeßgerichts dann folgen, wenn ein kontradiktorisches Urteil vorliege, und wenn nicht nachträglich Tatsachen hervorgetreten seien, die offensichtlich auch den Prozeßrichter zu einer entgegengesetzten Entscheidung geführt haben würden, wenn sie ihm bekannt gewesen wären. Nur unter diesen Voraussetzungen rechtfertige sich die Bindung des Nachlaßrichters an das Urteil im Erbrechtsfeststellungsstreite und zwar nicht aus dem Wesen der materiellen Rechtskraft, sondern aus der Stellung, die der Erbscheinrichter gegenüber dem Prozeßgericht einzunehmen habe. [1]) Wie die Stellung des Erbscheinrichters aber zu bestimmen ist, wird von Koeßler nicht näher dargetan.

Ob die Prozeßentscheidung auf Grund kontradiktorischer Verhandlung oder als nicht-kontradiktorisches Urteil ergeht, kann für die Frage der Bindung des Nachlaßrichters deswegen nicht entscheidend sein, weil der Einfluß der Parteien auf den Ausfall des Prozesses bei streitiger Verhandlung genau so groß ist wie bei unstreitiger Verhandlung. Nur tritt bei einem Versäumnis- oder Anerkenntnisurteil eine materiellrechtliche Unrichtigkeit des Urteils leichter und schroffer zutage, als wenn die Prozeßentscheidung nach langwierigen und verwickelten Verhandlungen verkündet wird. Der Nachlaßrichter ist in dem einen wie in dem anderen Falle für gebunden zu erachten. Es bleibt daher nur noch die zweite, von Koeßler für die Bindung des Nachlaßrichters aufgestellte Voraussetzung zu prüfen.

1) Koeßler erinnert, um die Annehmbarkeit seines Vorschlages zu beweisen, an den Fall, daß nach dem Rechtskräftigwerden des im Erbrechtsprozesse ergangenen Urteils ein Testament aufgefunden wird, das die im Prozesse unterlegene Partei zum Erben beruft. Das Verlangen, meint Koeßler, der Nachlaßrichter solle ohne Rücksicht auf dieses Testament an die Prozeßentscheidung gebunden sein, sei so ungeheuerlich, daß die in dieser Arbeit vertretene Ansicht von vornherein abzu-

---

1) Koeßler, ZZPr. Bd. 44, S. 46/47.

lehnen sei, wenn nicht der Beweis erbracht werde, daß diese Notwendigkeit dem Nachlaßrichter überall erspart bleibe. [2])

Dieser Einwand geht m. E. zu weit. Der Nachlaßrichter ist an eine Prozeßentscheidung nur insoweit gebunden, als diese auch das Prozeßgericht binden würde, wenn es sich mit dem Erbrechtsstreit der Parteien abermals zu befassen hätte. Ist das Urteil nur über das gesetzliche Erbrecht der Parteien ergangen, so ist der Nachlaßrichter ebensowenig wie der Prozeßrichter gehindert, auf Grund eines später aufgefundenen Testamentes oder eines Erbvertrages die im Prozeß unterlegene Partei nunmehr für den Erben zu erklären. [3]) Das im Erbrechtsfeststellungsprozesse ergangene Urteil schafft stets nur Rechtskraft über das durch die Klage individualisierte Erbrechtsverhältnis. Die Individualisierung des Erbrechts geschieht nun aber nicht nur durch die Person des Erben und durch den Nachlaß, sondern auch durch den Berufungsgrund. Der Erbe kann aus verschiedenen konkurrierenden Gründen zu derselben Erbschaft berufen sein, und unter diesem Gesichtspunkte läßt das Gesetz auch verschiedenartige Verfügungen des Erben über die ihm auf Grund verschiedenartiger Berufungsgründe angefallenen Nachlaßteile zu (Ausschlagung oder Annahme §§ 1948, 1949 Abs. II; Uebertragung des Miterbenrechts § 2033 BGB). Demnach gehört zur Individualisierung des im Prozesse festzustellenden Erbrechts die Angabe des Berufungsgrundes, und wenn das gesetzliche Erbrecht des Klägers oder des Beklagten verneint wird, so ist diesem damit nicht auch schon ein möglicherweise in Frage kommendes testamentarisches Erbrecht abgesprochen. [4])

Koeßler gibt denn auch zu, daß auch die hier vertretene Ansicht der grundsätzlichen Bindung des Nachlaßrichters diesem gestattet, der im Prozesse mit der Berufung auf ein gesetzliches Erbrecht zurückgewiesenen, nunmehr testamentarisch zur Erbfolge berufenen Partei einen Erbschein zu erteilen. [5])

Zu einem anderen Ergebnis aber muß nach seiner Meinung die hier vertretene Ansicht führen, wenn nachträglich ein Testament aufgefunden wird, welches gerade denjenigen zum Erben einsetzt, dem das

---

2) Vgl. auch Hellwig, Rechtskraft S. 12 Note 31, der eine Bindung des Nachlaßrichters in derartigen Fällen gleichfalls ablehnt.

3) So auch Schlegelberger, Komm. § 12 Anm. 17.

4) So auch Hellwig, Anspruch und Klagerecht § 10 II und Kuttner, Festgabe S. 229.

5) ZZPr. Bd. 44, S. 34.

testamentarische Erbrecht auf Grund eines früheren Testaments rechtskräftig aberkannt ist.

a) Es muß unterschieden werden, wie im einzelnen Falle das Feststellungsurteil gelautet hat. Ist festgestellt, daß dem Unterlegenen ein Erbrecht aus dem im Urteil näher bezeichneten Testament oder Erbvertrag nicht zusteht, so ist der Gegenstand der auf die später entdeckte Verfügung des Erblassers gestützten Feststellungsklage ein anderer als in der früheren Klage. [6]) Dagegen nimmt Koeßler [7]) an, daß der Streitgegenstand des ersten Prozesses mit dem der neuen Klage identisch ist. Die Berufung durch das zweite Testament begründe nicht einen neuen Erwerb des Erbrechts, noch weniger individualisiere sie das Erbrecht. Nur der Berufungsgrund (Gesetz, letztwillige Verfügung, Erbvertrag) schaffe ein anderes Rechtsverhältnis, nicht schon die Berufung an sich. Auch wenn der Erbe in zwei Testamenten mit Erbteilen bedacht sei, erbe er nur aus dem einen Grunde: ex testamento. Koeßler beruft sich hierfür auf die Bestimmung des § 1951 BGB: Wer aus verschiedenen Gründen zu mehreren Erbteilen berufen ist, kann den einen Erbteil annehmen und den anderen ausschlagen. Beruht aber die Berufung auf verschiedenen Testamenten, so gilt die Annahme oder Ausschlagung des einen Erbteils auch für den anderen, weil nach ausdrücklicher Bestimmung des Gesetzes die Berufung in diesem Falle als auf demselben Grunde beruhend angesehen werden soll. Diese Vereinheitlichung des Berufungsbegriffes gilt aber doch wohl nur für den Fall der Annahme und Ausschlagung verschiedener Erbteile und darf auf andere Rechtsgebiete nicht ausgedehnt werden. Das ergibt sich aus § 1949 BGB, der bestimmt, daß die Annahme der Erbschaft als nicht erfolgt gilt, wenn der Erbe über den „Berufungsgrund" im Irrtum war. Dabei hat als möglicher Berufungsgrund der konkrete Tatbestand zu gelten, an welchen im einzelnen Falle die gesetzliche oder testamentarische Erbfolge geknüpft ist. Ein Irrtum über den Berufungsgrund ist sonach dann anzunehmen, wenn der Erbe einen anderen konkreten Tatbestand als den wirklich die Berufung begründenden, so auch ein anderes Testament oder einen anderen Erbvertrag als

6) So auch Hellwig, Lehrbuch, I. Bd. § 37 I: „. . . Ebenso hat der Prozeß über das Erbrecht aus dem einen Testament oder Erbvertrag einen anderen Gegenstand als der über eine andere Verfügung des Erblassers" (s. c. von Todeswegen).

7) ZZPr. Bd. 44, S. 38.

die wirklich in Frage kommenden als vorhanden annimmt und sich daraufhin zur Erbschaft berufen glaubt. [8]) Wenn die Ansicht Koeßlers richtig wäre, so bliebe der Erbe in diesem Falle an seine einmal kundgegebene Annahmeerklärung gebunden.

Ist also durch rechtskräftiges Urteil festgestellt, daß ein durch Testament eingesetzter Erbe wegen Nichtigkeit des Testaments nicht Erbe geworden ist, so hindert die materielle Rechtskraft dieses Urteils den Prozeßrichter nicht daran, ein anderes erst nach der letzten Tatsachenverhandlung aufgefundenes Testament, das den im ersten Prozeß Unterlegenen wiederum zum Erben einsetzt, als gültig zu berücksichtigen. So wenig die Rechtskraft des ersten Urteils den Prozeßrichter darin hindert, die früher unterlegene Partei nunmehr auf Grund des zweiten Testaments als Erben anzuerkennen, so wenig hindert sie auch den Nachlaßrichter daran; er darf und muß den Erbschein auf Grund des neu aufgefundenen Testaments ohne weiteres erteilen. [9])

b) Ist im Erbrechtsfeststellungsprozesse dagegen allgemein festgestellt, daß der unterlegenen Partei ein Erbrecht weder nach Gesetz noch nach einer Verfügung von Todeswegen zustehe, so ist, wenn sich später ein ihr günstiges Testament findet, eine neue Feststellungsklage nicht ohne weiteres zulässig. Hier steht die Rechtskraft des früheren Urteils entgegen. In diesem Falle darf der Prozeßrichter das neu entdeckte Testament nur dann berücksichtigen, wenn das frühere Urteil im Wege der Restitutionsklage auf Grund des § 580 Nr. 7 b ZPO angefochten wird. Nur wenn die Restitutionsklage Erfolg hat, wird der neuerdings testamentarisch Berufene als Erbe anerkannt, und nur dann darf auch der Nachlaßrichter ihm einen Erbschein erteilen.

Kuttner glaubt, daß auch in diesem Falle die Berücksichtigung des nachträglich gefundenen Testaments nicht gegen die Rechtskraft des früheren Urteils verstößt und daß daher auch ohne Wiederaufnahmeverfahren das aus dem zweiten Testament sich ergebende Erbrecht ohne weiteres geltend gemacht werden kann. Er stützt sich dabei auf die §§ 278, 323 II, 529 und 767 Abs. II ZPO und erklärt, es verstoße nicht gegen die Rechtskraft, wenn gegen den Urteilsinhalt Einwendungen vorgebracht würden, welche auf Gründen beruhten, die erst nach dem Schluß der letzten Tatsachenverhandlung entstanden seien und durch

---

8) Ebenso RGR-Komm. § 1949 Anm. 1; Staudinger § 1949 Anm. 2.

9) Zustimmend Kuttner, Festgabe S. 230/231.

Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden könnten. Das aus einem erst nach der letzten Tatsachenverhandlung aufgefundenen Testament hergeleitete Erbrecht beruhe auf einem solchen nachträglich entstandenen Grunde. Erst wenn der testamentarisch Berufene von dem Vorhandensein des Testaments Kenntnis erlangt habe und das Testament vom Nachlaßgericht eröffnet sei, beginne für ihn die Frist zur Entscheidung über die Annahme oder die Ausschlagung des Erbrechts aus diesem neuen Berufungsgrunde zu laufen. (§§ 1944 II, 1948 Abs. II, 1949 Abs. II, 2259 ff. BGB). [10])

Diese Ausführungen Kuttners sind nicht bedenkenfrei. Die Vorschrift des § 767 Abs. II ZPO bezüglich der zu berücksichtigenden Einwendungen ist allerdings nur eine Anwendung des allgemeinen Grundsatzes, daß das Urteil die Rechtslage nur so feststellt, wie sie dem Gericht bei der letzten mündlichen Verhandlung vorgelegen hat. Die Rechtskraft hat keinen Einfluß auf später eingetretene Tatsachen. Ist die im Urteil bejahte Rechtsfolge nachträglich erloschen oder die verneinte Rechtsfolge nachträglich entstanden, so kann dies nicht nur durch die Vollstreckungsgegenklage des § 767 ZPO. geltend gemacht werden, die nur bei Leistungsurteilen Anwendung findet und nur die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung ausgesprochen haben will, sondern auch durch neues Vorbringen in einem zweiten Prozesse. [11]) Richtig ist auch, daß der Erbe erst mit der Annahme der Erbschaft endgültig Erbe wird, und daß die Annahme erst erfolgen kann, wenn er von dem Vorhandensein des ihn zur Erbschaft berufenden Testaments Kenntnis erlangt hat und dieses vom Nachlaßgericht eröffnet ist (§ 1949 Abs. I BGB). Darum kann man aber noch nicht sagen, daß das Erbrecht erst nach erlangter Kenntnis und nach der Eröffnung des Testamentes entsteht. Mit dem Tode des Erblassers geht dessen Vermögen unmittelbar auf den Erben über. In diesem Zeitpunkt erfolgt aber auch die Berufung zur Erbschaft, sodaß also Berufung und Erbschaftserwerb grundsätzlich zusammenfallen. [12]) Ob gesetzliche oder gewillkürte Berufung vorliegt macht dabei keinen Unterschied; auch das Erbrecht des testamentarisch Berufenen entsteht bereits in dem Augen-

---

10) Kuttner, Festgabe S. 230.

11) Zustimmend Stein-Jonas § 322 Anm. VIII, 4; vgl. auch Hellwig, Lehrb. Bd. I § 29 II, Bd. III § 164, III, 6; Hellwig, Anspr. u. Klagerecht S. 497; Kuttner, Nebenwirkungen S. 226, 228.

12) Bei der Nacherbschaft fallen Berufung und Erbschaftserwerb auseinander. (§§ 2100, 2139 BGB.)

blick, wo der Erblasser stirbt, gleichviel ob der Berufene um das Vorhandensein des Testaments weiß, und wann dieses gerichtlich eröffnet wird. Das spricht hier entscheidend gegen Kuttner, denn die Bestimmungen der §§ 323 II, 767 Abs. II ZPO und der in ihnen verkörperte allgemeine Rechtsgedanke können nur dann Anwendung finden, wenn die Gründe, auf denen die Einwendungen beruhen, nach dem Schlusse der letzten Tatsachenverhandlung entstanden sind, nicht schon, wenn sie nachher erst bekanntgeworden sind. [13])

2) Die Restitutionsklage führt nicht sofort und nicht unbedingt zur Berücksichtigung des neu aufgefundenen Testamentes. Zunächst dauert die Rechtskraftwirkung der früheren prozeßgerichtlichen Entscheidung fort, bis diese durch das im Wiederaufnahmeverfahren ergehende iudicium rescindens rechtskräftig aufgehoben ist. Bis zur Aufhebung bindet die Feststellung des früheren Urteils und verhindert es, daß der Unterlegene mit der Behauptung gehört wird, die Feststellung sei unrichtig. [14]) Solange muß auch der Nachlaßrichter die Feststellung berücksichtigen und einen auf Grund dieser Feststellung erteilten Erbschein dem früheren Prozeßsieger belassen, wenn auch die Möglichkeit besteht, daß er unrichtig ist und nach Beendigung des Wiederaufnahmeverfahrens eingezogen werden muß. (§ 2361 BGB). Vorerst darf der Nachlaßrichter jedenfalls nichts unternehmen. [15]) Sodann ist zu berücksichtigen, daß die Restitutionsklage an eine Ausschlußfrist von 5 Jahren von dem Tage der Rechtskraft des angefochtenen Urteils an gerechnet, gebunden ist. Wird das dem Unterlegenen günstige Testament also erst nach dem Ablauf dieser Frist aufgefunden, so muß es unberücksichtigt bleiben. Es ist dies ein notwendiges Gebot der Verkehrssicherheit, auf dem gleichen Gedanken beruhend, der auch den Rechtsinstituten der Verjährung und Ersitzung zugrundeliegt. Die Zeit wirkt anspruchstilgend. Diesem Gedanken muß sich auch der Nachlaßrichter beugen. Wenn der Rechtsverkehr auf Grund der zwingenden Prozeßvorschriften dem früheren Sieger trotz des neu entdeckten Testaments als den wirk-

---

13) So auch Koeßler, ZZPr. 44, S. 35; zustimmend Stein-Jonas § 767 Anm. II, 2.

14) Urteilsmäßig braucht die Aufhebung nicht eigens ausgesprochen zu werden; es kann aber, wenn die Restitutionsklage zulässig, d. h. form- und fristgerecht erhoben ist, dies durch ein gewöhnliches, die Entscheidung zur Hauptsache vorbereitendes Zwischenurteil besonders ausgesprochen werden. Vergl. Hellwig, System I. Teil § 241 I, 4 und VI, 1c sowie Note 2.

15) Vgl. auch KG in Jur. Rundsch. 1925 Rspr. Nr. 1529.

lichen Erben behandelt, so kann dem Nachlaßrichter nicht die Möglichkeit gegeben sein, in diesen vom Gesetz gewollten Rechtszustand dadurch ändernd einzugreifen, daß er einen neuen, dem Inhalt des zu spät entdeckten Testaments entsprechenden Erbschein ausstellt. Es darf eben nicht außer acht gelassen werden, daß die Erteilung des Erbscheins nicht Selbstzweck ist. „Das Nachlaßgericht soll mit dem Erbschein dem Erben nur den Rechtsverkehr erleichtern, nicht aber autoritativ über das Erbrecht entscheiden." [16]) Für den Rechtsverkehr aber ist diejenige Erbe, der vom Prozeßgericht als solcher anerkannt ist, und solange ihn das Prozeßgericht als Erben anerkennt, bleibt er es für den Rechtsverkehr. [17])

Die gleichen Erwägungen bestimmen auch das Verhalten des Nachlaßrichters, wenn das Feststellungsurteil durch Erschleichung der öffentlichen Zustellung erlangt ist oder der auf Feststellung seines gesetzlichen Erbrechts klagende Erbe unterlegen ist, weil der Beklagte ein — wie sich später herausstellt — gefälschtes eigenhändiges Testament des Erblassers vorgelegt hat. In beiden Fällen läßt sich die Rechtskraft des Feststellungsurteils nur im Wege der Wiederaufnahme des Verfahrens beseitigen, [18]) und solange das nicht geschehen ist, muß auch der Nachlaßrichter den Prozeßsieger als den wirklichen Erben behandeln und ihm auf seinen Antrag einen Erbschein erteilen, bezw. ihm den bereits erteilten Erbschein belassen.

3) Die Bindung des Nachlaßrichters an ein Feststellungsurteil kann auch in subjektiver Beziehung keine weitergehende sein als die des Prozeßrichters. Dieser ist infolge der subjektiv begrenzten Rechtskraftwirkung an ein früheres Urteil nur dann gebunden, wenn zwischen den Parteien des früheren Prozesses und den ihnen gesetzlich gleichgestellten Personen das rechtskräftig Festgestellte erneut in Streit gezogen wird. Ist in einem Prozesse, der die „Feststellung des Erbrechts" zum Gegenstande hat (§ 27 ZPO) zwischen zwei Erbprätendenten rechtskräftig festgestellt, daß einer von ihnen der alleinige wirkliche Erbe ist, so bindet die Rechtskraft dieser Feststellung den Prozeßrichter in einem künftigen Prozesse dann nicht, wenn in diesem als Kläger oder Beklagte Erbprätendenten oder Miterben auftreten, denen gegenüber die Rechtskraft des früheren Urteils nicht wirkt. Nicht

16) So Lent, Grundriß § 12 IV, 2, zustimmend Schlegelberger, Komm. § 12 Anm. 17.
17) Zustimmend Lent, a. a. O.

anders wie ein späterer Prozeßrichter hat der Nachlaßrichter sich in dieser Beziehung einem rechtskräftigen Urteil gegenüber zu verhalten. Demgemäß begrenzt Kuttner [19]) die Bindung dahin: „Der Nachlaßrichter ist an die materielle Rechtskraft eines ergangenen Urteils nur dann gebunden, wenn an dem Erbscheinverfahren dieselben Personen beteiligt sind, denen gegenüber die Rechtskraft des Urteils von Wirksamkeit ist". Diese Formulierung stimmt sachlich mit der von Unger und ihm folgend vom Bayerischen Obersten Landesgericht [20]) gewählten überein: „Nur in denjenigen Fällen hat der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit den Urteilsausspruch als richtig anzuerkennen und auch seinen Entschließungen zugrundezulegen,... in denen eine Entschließung der freiwilligen Gerichtsbarkeit solche Rechtsverhältnisse zur Grundlage zu nehmen hat, als deren Träger ausschließlich die Parteien eines früheren Prozesses erscheinen und die in diesem Prozesse durch Urteil rechtskräftig festgestellt sind." Als hierher gehörig bezeichnet dann Unger den Fall: „Wenn als mutmaßliche Erben nach Gestaltung des Falles nur A oder B, nicht auch ein Dritter in Frage kommen kann, dem A der Erbschein als Alleinerbe erteilt ist, B aber mit der Erbschaftsklage [21]) gegen A durchdringt." [22])

Auf den gleichen Standpunkt stellt sich auch das Kammergericht in einem Beschlusse vom 13. November 1912, [23]) wo es ausführt: „Eine etwaige Gebundenheit des Erbscheinrichters an ein rechtskräftiges Urteil über das Erbrecht darf man jedenfalls nicht soweit ausdehnen, daß ein zwischen einzelnen Erbprätendenten über die Person des Erben ergangenes Urteil auch gegen sämtliche nicht am Prozesse beteiligten

---

18) Daß auch die Erschleichung der öffentlichen Zustellung einen Restitutionsgrund aus § 580 Nr. 4 ZPO bildet, erkennt auch Stein-Jonas § 580 II, 4 an; zustimm. auch Baumbach § 580 Anm. 5.

19) Festgabe S. 223.

20) DJZ 1920, S. 239.

21) Genauer: „Erbrechtsfeststellungsklage", denn die Erbschaftsklage des § 2018 BGB geht nur auf Herausgabe der Erbschaft. „Die Verurteilung bewirkt Rechtskraft nur für den Herausgabenanspruch hinsichtlich der darin bezeichneten Erbschaftsgegenstände; zur rechtskräftigen Feststellung des Erbrechts bedarf es eines besonderen, darauf gerichteten Feststellungsantrages und eines ihm entsprechenden Ausspruches." So RGR-Komm. § 2018 Anm. 4.

22) Unger, ZZPr. Bd. 41, S. 194.

23) ZBl. FG 13. Jahrg. S. 40.

Erbprätendenten Geltung erlangte. Denn das rechtskräftige Urteil im Erbschaftsprozesse wirkt nur zwischen den Parteien. [24])

Demnach kann man sagen: Ist das Erbrecht des Erbscheinprätendenten vom Prozeßgericht rechtskräftig bejaht, so ist das Nachlaßgericht dann nicht verpflichtet, ihm einen Erbschein zu erteilen, wenn es einen Dritten für den Erben hält. Dagegen darf das Nachlaßgericht den Erbschein nicht verweigern, wenn nach seiner Meinung ein anderer Erbprätendent als der unterlegene Prozeßgegner nicht in Frage kommt, selbst wenn es diesen für den wahren Erben halten sollte. [25]) Hierin liegt keineswegs eine Uebertragung des Parteibegriffes von der streitigen auf die freiwillige Gerichtsbarkeit, wie Koeßler [26]) anzunehmen scheint.

---

24) Den gleichen Standpunkt nimmt das Kammergericht bezüglich der Bindung des Grundbuchrichters ein. Beschluß vom 4. Juli 1918, KG J Bd. 51. A. S. 6: „Jedenfalls unterliegt es keinen Bedenken. . . . daß die Wirkung der Rechtskraft auch im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit sich auf den in §§ 325 ff. ZPO bestimmten Personenkreis beschränkt und demgemäß dann ausgeschlossen ist, wenn an diesem Verfahren Personen beteiligt sind, denen gegenüber die Wirkung der Rechtskraft nicht eintritt". Vgl. auch Förster-Kann ZPO § 322 Anm. 7 b. aa; Kuttner, Urteilswirkungen S. 92 ff.

25) Zustimmend Rosenberg, Lehrbuch § 12 III, 2 b; Lent, Enzyklopädie Heft 19 § 9 II (S. 11).

26) ZZPr. Bd. 44, S. 27 ff.

§ 8.

Weitere Rechtfertigung der Annahme einer grundsätzlichen Bindung des Nachlaßrichters.

1) Das Vorhandensein eines rechtskräftigen, das Erbrecht des Erbscheinanwärters bejahenden Urteils entbindet diesen nicht von der Verpflichtung, die eidesstattlichen Versicherungen abzugeben, welche dem Nachlaßrichter Gewißheit verschaffen sollen, daß außer den Parteien des Feststellungsprozesses keine anderen Personen als erbberechtigt in Frage kommen. Denn wenn der Nachlaßrichter die Ueberzeugung gewinnt, daß noch andere Erben vorhanden sind, ist er an die Rechtskraft der Prozeßentscheidung wegen ihrer subjektiven Begrenzung nicht gebunden. Demzufolge hat der Antragsteller, wenn ihn das Urteil im Verhältnis zu seinem Prozeßgegner als g e s e t z l i c h e n Erben anerkennt, unter Versicherung an Eidesstatt anzugeben, was ihm darüber bekannt ist:

> ob und welche Personen vorhanden sind oder vorhanden waren, durch die er von der Erbfolge ausgeschlossen oder durch die sein Erbteil vermindert werden würde (§ 2354 Abs. I Nr. 3 BGB), ob und welche Verfügungen des Erblassers von Todeswegen vorhanden sind (§ 2354 Abs. I Nr. 4 BGB), ob ein sonstiger Rechtsstreit über sein Erbrecht anhängig ist (§ 2354 Abs. I Nr. 5 BGB).

In derselben Weise hat er, wenn durch Urteil sein t e s t a m e n t a r i s c h e s Erbrecht festgestellt ist, sich darüber zu erklären, ob ihm das Vorhandensein sonstiger Verfügungen von Todeswegen bekannt ist, und ob das Erbrecht sonst irgendwie prozeßgerichtlich streitig ist (§§ 2355, 2356 Abs. II BGB). [1])

Auf diese Weise kann es kommen, daß dem Nachlaßrichter mehrere rechtskräftige Urteile über das Erbrecht vorgelegt werden. Wenn dabei unter denselben Personen, etwa A und B, einander widersprechende Entscheidungen ergangen sind, so, daß zunächst A für den alleinigen Erben erklärt ist und späterhin das Erbrecht dem B zuerkannt ist, so ist das spätere Urteil allein maßgebend. [2]) Dieser Fall wird prak-

---

1) Vgl. K u t t n e r , in Jher. Jahrb. Bd. 59, S. 405 ff.

2) Vgl. RG Bd. 52, S. 218, sowie H e i m , Feststellungswirkungen S. 278.

tisch nur äußerst selten vorkommen. Ist dagegen in einem Prozesse zwischen A und B festgestellt, daß A Erbe ist, und ist außerdem noch ein zweites Urteil zwischen B und C ergangen, das den B für den Erben erklärt, so ist, wenn außer A, B und C andere Personen als Erben nicht in Betracht kommen, der Erbschein dem A zu erteilen. C scheidet als Erbscheinanwärter aus mit Rücksicht auf das zwischen ihm und B ergangene Urteil. B aber muß seinen früheren Prozeßgegner A als Erben anerkennen und kommt daher gleichfalls für die Erteilung eines Erbscheins nicht mehr in Betracht. Hat in dem Prozesse B gegen C aber C gesiegt, so daß A und B als Sieger erscheinen, so ist der Nachlaßrichter nur insoweit gebunden, als er den in beiden Prozessen unterlegenen B als Erben nicht mehr ausweisen darf. Im übrigen aber muß er selbst entscheiden, ob A oder C als Erbe anzusehen ist. [3])

2) Außer bei der Erteilung des Erbscheins taucht die Frage der Bindung des Nachlaßrichters an ein rechtskräftiges Urteil auch dann auf, wenn es sich um die Feststellung handelt, ob in Ermangelung anderer Erben der Fiskus Erbe geworden ist (§§ 1964 ff. BGB).

Sind die Erben eines Verstorbenen unbekannt, so hat sich die Fürsorge des Nachlaßgerichts für den Nachlaß (§ 1960 BGB) von Amtswegen auch auf die Ermittelung des Erben zu erstrecken. Zu diesem Zwecke kann nach § 1960 Abs. II BGB ein Nachlaßpfleger bestellt werden. Wie weit im übrigen die Ermittelungen auszudehnen sind, ist dem pflichtgemäßen Ermessen des Nachlaßgerichts überlassen. [4]) „Wird der Erbe nicht innerhalb einer den Umständen entsprechenden Frist ermittelt, so hat das Nachlaßgericht festzustellen, daß ein anderer Erbe als der Fiskus nicht vorhanden ist". (§ 1964 Abs. I BGB). Solange das Nachlaßgericht diese Feststellung nicht getroffen hat, kann, wie § 1966 eigens hervorhebt, weder der Fiskus seine Rechte als gesetzlicher Erbe verfolgen, noch kann er vor dieser Feststellung als gesetzlicher Erbe in Anspruch genommen worden. Dem Feststellungsbeschluß muß in der Regel eine Art Aufgebotsverfahren vorausgehen: Das Nachlaßgericht erläßt eine öffentliche Aufforderung zur Anmeldung der Erbrechte unter Bestimmung einer besonderen Anmeldungsfrist (§ 1965 BGB). Meldet sich jemand innerhalb dieser Frist als erbberechtigt, so muß er dem Nachlaßgericht gemäß § 1965 Abs. II BGB

3) Vgl. Schlegelberger, Komm. § 12 Anm. 17.
4) Vgl. RGR-Komm. § 1964 Anm. 1.

binnen drei Monaten nach Ablauf der Anmeldungsfrist nachweisen, daß entweder sein Erbrecht besteht, oder daß er es gegen den Fiskus im Wege der Feststellungsklage geltend gemacht hat. Gelingt es dem Erben nicht, bis zum Ablauf der Dreimonatsfrist sein Erbrecht nachzuweisen und strengt er gleichwohl gegen den Fiskus die Feststellungsklage nicht an, so bleibt sein Erbrecht unberücksichtigt, und das Nachlaßgericht hat den Feststellungsbeschluß zu erlassen. Hat dagegen der Erbprätendent die Klage gegen den Fiskus rechtzeitig erhoben, so hat das Nachlaßgericht bis zur rechtskräftigen Erledigung des Prozesses nichts zu unternehmen. Erklärt das Urteil dann den Fiskus für den Erben und haben sich andere Erbprätendenten nicht gemeldet, so muß das Nachlaßgericht nunmehr den Feststellungsbeschluß erlassen, „daß ein anderer Erbe als der Fiskus nicht vorhanden ist". (§ 1964 Abs. I BGB). Die Rechtskraft des zwischen dem Fiskus und dem Erbprätendenten ergangenen Urteils verbietet es dem Nachlaßrichter, in Widerspruch zu dem Urteilsinhalt den Erbprätendenten noch als Erben zu behandeln. Wenn er dementsprechend den Feststellungsbeschluß erläßt, so liegt darin keine Ausdehnung der auf die Prozeßparteien beschränkten Rechtskraft auf andere Erbprätendenten, [5]) vielmehr zieht der Nachlaßrichter nur die Folgerung aus der Tatsache, daß andere Prätendenten sich nicht gemeldet oder die für die Berücksichtigung ihres angeblichen Erbrechts erforderlichen Nachweise nicht erbracht haben. [6])

Ist das Erbrecht des Fiskus dagegen rechtskräftig durch Urteil verneint, so darf der Nachlaßrichter keinen Feststellungsbeschluß mehr dahin erlassen, daß der Fiskus doch der alleinige Erbe sei. Der Feststellungsbeschluß das Nachlaßrichters würde nach § 1964 Abs. II BGB die Vermutung begründen, daß der Fiskus gesetzlicher Erbe ist. Der Nachlaßrichter würde also durch seinen Beschluß eine Vermutung schaffen, deren Gegenteil bereits in einem rechtskräftig entschiedenen Prozesse festgestellt ist und die in jedem neuen Prozeß durch den Hinweis auf die entgegengesetzte rechtskräftige Feststellung ohne weiteres entkräftet werden könnte. [7])

Die Bindung des Nachlaßrichters ist also bei der Feststellung des fiskalischen Erbrechts die gleiche wie bei der Erteilung des Erbscheins. [8])

5) Das wird von Hörle im Recht 1904, S. 375 behauptet.
6) So mit Recht Kipp, Lehrbuch § 60 II, 2.
7) Vgl. Kuttner, Festgabe S. 202.
8) Die hier vertretene Ansicht über die Bindung des Nachlaßrichters ist nicht unstreitig. Wie hier außer Kipp und Kuttner a. a.

D.: Kuttner, Urteilswirkungen S. 119; Staudinger, Erbrecht § 1965 Anm. 2 letzter Absatz; Leonhard, Erbrecht § 1964 Anm. II; Planck, Erbrecht, § 1965, Anm. 5.

Münchmeyer, Erbnachweis S. 216 bezeichnet diesen Fall als „einzige Ausnahme" von dem angeblichen Grundsatz des selbständigen Prüfungsrechts des Nachlaßrichters gegenüber Prozeßentscheidungen.

Koeßler, ZZPr. Bd. 44, S. 47, Note 76 erkennt hier auch eine Bindung des Nachlaßrichters an ein Versäumnis- und Anerkennungsurteil an, aber nur, wenn der gegen den Fiskus streitende Erbprätendent durch Versäumnisurteil mit seiner Klage abgewiesen ist oder ihm als Beklagten auf Grund seines Anerkenntnisses das Erbrecht abgesprochen ist. Ist dagegen ein Versäumnis- oder Anerkenntnisurteil gegen den Fiskus ergangen, so soll der Nachlaßrichter an dieses Urteil nicht gebunden sein, und der Feststellungsbeschluß soll nicht ergehen dürfen, weil der Erbprätendent alles getan habe, was das Gesetz von ihm verlangte. Hierzu sei jedoch bemerkt, daß dies wohl nicht der Sinn des Gesetzes sein kann. Es ist nicht einzusehen, weshalb § 1965 Abs. II BGB den Nachlaßrichter zwingt, seine Entscheidung über das fiskalische Erbrecht bis zur endgültigen Erledigung des anhängig gemachten Feststellungsprozesses auszusetzen, wenn er hinterher doch über die Entscheidung sich soll hinwegsetzen dürfen.

Matthiessen, ZBl. FG 6. Jahrg. S. 395 und ebenso RGR-Komm. § 1965 Anm. 3 lehnen eine den Nachlaßrichter formell bindende Wirkung der Prozeßentscheidung ab.